

ANDAM OS TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS A INVENTAR CRIMES SEXUAIS?

A VIOLAÇÃO COMO GENOCÍDIO E O SEXO ORAL COMO VIOLAÇÃO

Miguel Ângelo Loureiro Manero de Lemos
Assistente, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Este artigo debruça-se sobre a questão de se os tribunais penais internacionais violaram o princípio da legalidade ao considerarem que um crime de violação pode constituir genocídio e que o sexo forçado oral pode ser considerado como um crime de violação. Para este efeito analisam-se as decisões do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda em Akayesu e do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia em *Furundžija* são analisadas. A conclusão é a de que os modernos tribunais penais internacionais interpretaram, nesta matéria, o direito não como matemática mas como produto social que deve estar impregnado de bom senso, e deram azo a avanços significativos com fundamento em decisões corretas – que enfatizaram o elemento humanitário das leis do conflito armado, mas que se mantiveram dentro da “órbita do direito existente” – e não violadoras do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Palavras-chave: *nullum crimen nulla poena sine lege*; princípio da legalidade; crimes sexuais em guerra; Akayesu; Furundžija.

Introdução

Aquando da proposta para participação neste seminário, a ideia que passou para este lado foi a de que ele seria dedicado à relação entre o direito e o sexo. Imediatamente, a decisão foi tomada de que se interpretaria ‘sexo’, não só como ‘ato sexual’, mas também como ‘o sexo de cada um’, masculino ou feminino. E a opção de concentrar esforços no sexo feminino e no ato sexual violação como crime de guerra, crime contra a humanidade ou crime de genocídio também foi espontânea. Pois que se pensou logo na relação entre estes e o tema em que



se andava a trabalhar à altura, o do *nullum crimen nulla poena sine lege* no direito internacional.

Apesar de – no seguimento de uma resolução do Conselho de Segurança em que este pela primeira vez condenou a violação em guerra¹ – os estatutos dos primeiros modernos tribunais de guerra estabelecerem jurisdição sobre a violação enquanto crime contra a humanidade² e mesmo, dando corpo à observação de que é tempo para uma mudança³, como crime de guerra⁴, é público que as primeiras acusações por crimes internacionais nos modernos tribunais de guerra não continham pontos específicos (as ‘charges’) relacionados com crimes sexuais e que foram as mulheres juízes dos tribunais nesses primeiros casos que ‘forçaram’ um procurador a mudar a acusação de modo a incluir estes crimes⁵. O que poder-se-ia dizer ter toda a aparência de ativismo judicial e que, legitimamente, daria azo à pergunta ‘andam os tribunais penais internacionais a inventar novos crimes sexuais?’ No Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR), em *Akayesu*, considerou-se que uma violação pode constituir um ato de genocídio⁶. No Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia (TPIAJ), em *Furundžija*, determinou-se que sexo oral forçado pode constituir um crime de guerra de violação.

-
- 1 Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas (Resolução n.º 827 (1993)) de 25 de Maio de 1993.
 - 2 Artigo 5 (g) do Estatuto do Tribunal Penal para a Antiga Jugoslávia e artigo 3 (g) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (ETPIR).
 - 3 MERON, THEODOR, “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law” *The American Journal of International Law*, vol. 87, n.º 3, 1993, p. 426, apontando ainda que a confirmação de que a violação enquanto crime contra a humanidade é, tanto jurídica como moralmente, de importância pioneira, mas que não deve ser negligenciada a possibilidade de estabelecer persecuções relativamente aos muito mais frequentes casos de violação que são considerados como “crimes menores” de guerra ou violações graves. MERON, THEODOR, “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law”, p. 428.
 - 4 Artigo 4 (3) do ETPIR.
 - 5 GOLDSTONE, RICHARD, “Prosecuting Rape as a War Crime”, *34 Case Western Reserve Journal of International Law*, 2002, pp. 281 a 283, informando que foi “com alacridade” que se seguiu a ‘orientação judicial’. Cf., também, HAYES, NIAMH, “Creating a Definition of Rape in International Law: The Contribution of the International Criminal Tribunals”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, passim, em especial, pp. 154 e 155.
 - 6 Um outro caso onde, no TPIR, a problemática do *nullum crimen* é testada ao limite é *Rukundo*. Cf. EBOE-OSUJI, CHILE, *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 160 a 167.



Resumo histórico

Com longa história enquanto crime de guerra⁷, recompensa para soldados e meio de aterrorizar e desmoralizar o inimigo⁸, talvez até tarde permitida numa cidade tomada de assalto, mas já punida com a morte em *ordinances* medievais de guerra, a proibição da violação não era efetivamente implementada⁹.

Apesar de denunciada em termos eloquentes pelos mais humanistas dos primeiros autores de direito internacional (“A dada altura um inimigo que [permita a violação de mulheres]... certamente que terá que prestar contas... *ao resto do mundo* se não existir um magistrado que verifique e puna a injustiça do vitorioso. Ele prestará contas àqueles soberanos que queiram observar causas honoráveis para a guerra e manter *o direito comum das nações e da natureza*”¹⁰. “Pode-se ler *em muitos lugares* que a violação de mulheres em tempo de guerra é permitida e, *em muitos outros*, que não é admissível. Aqueles que sancionam a violação têm tido em conta apenas o prejuízo causado ao outro e têm considerado que não é inconsistente com a lei da guerra que tudo o que pertence ao inimigo deve estar à disposição do vencedor. A melhor conclusão foi alcançada por outros, que tomaram em consideração não só a lesão, mas a lascívia desenfreada do ato; e, ainda, o facto de que tais atos não contribuem para a segurança ou a punição, e, conseqüentemente, *não devem ficar impunes na guerra mais do que em paz*. O último ponto de vista *não é o direito de todas as nações*, mas das melhores”¹¹), os pontos de vistas pareceriam longe de ser unânimes, o que possivelmente apontaria, qual direito (nem sequer ainda) negociado por homens e que refletia as perspetivas e preocupações masculinas¹², no sentido da impossibilidade da, à altura, sua afirmação como norma costumeira.

Poder-se-ia aceitar assim como plausível a afirmação de que a proibição da violação e da agressão sexual grave em conflitos armados se cristalizou

7 PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen and Related Claims*”, 25 *Denver Journal of International Law & Policy* 321, 1996-1997, p. 332, n. 89. CRYER, ROBERT/FRIMAN, HAKAN/ROBINSON, DARRYL/WILMSHURST, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 3.ª edição, 2014, p. 287 que sustentam que, embora não de forma explícita, o direito internacional humanitário há já muitos séculos que proíbe a violação.

8 CRYER, ROBERT/FRIMAN, HAKAN/ROBINSON, DARRYL/WILMSHURST, ELIZABETH, p. 287.

9 MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, Oxford University Press, 1993, pp. 102 a 104, 111, 143, 144, 151 e 152.

10 GENTILI, ALBERICO, *De jure belli libri tres*, Carnegie edn., trans. John C. Rolfe, 1993, vol. II, p. 257 *apud* MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's*, p. 112 (itálicos adicionados).

11 GROTIUS, HUGO, *The Law of War and Peace*, Carnegie Foundation for International Peace, 1925, Livro III, Capítulo IV, Secção XIX (1) (itálicos adicionados).

12 CRYER, ROBERT/FRIMAN, HAKAN/ROBINSON, DARRYL/WILMSHURST, ELIZABETH, p. 287.



gradualmente em direito internacional consuetudinário através da proibição da violação no artigo 44 do Código de Lieber e das disposições gerais consagradas no artigo 46 das Convenções de Haia lidas em conjunto com a cláusula de Martens prevista no preâmbulo dessas convenções¹³.

Relevante também que no pós-Primeira Guerra, a Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e sobre a Aplicação de Sanções tivesse reconhecido a violação como crime¹⁴. De referir ainda que, tendo em conta a participação de um número relativamente grande de mulheres nesta guerra, a Convenção de Genebra de 1929 – relativamente ao tratamento de prisioneiros de guerra – procurou ter em conta este novo fenómeno estabelecendo dois artigos interessantes¹⁵: um artigo relativo às mulheres que referia que deveriam ser tratadas tendo em consideração o seu sexo (artigo 3) e outro em que se estabelecia que as diferenças de tratamento entre prisioneiros de guerra só seriam permissíveis, entre outras considerações, com base no seu sexo (artigo 4).

Durante a Segunda Guerra a violação foi tolerada e até utilizada como instrumento de perseguir objetivos de guerra, tendo, na Europa ocupada, milhares de mulheres sido sujeitas a violação e forçadas a servir em bordéis para as tropas nazis em milhares de mulheres coreanas foram forçadas por tropas japonesas a trabalhar como “mulheres de conforto” em bordéis¹⁶. Cerca de vinte mil mulheres e crianças foram violadas, e muitas subseqüente mortas, por soldados japoneses durante a ‘Violação de Nanquim’¹⁷.

Ausente da carta do Tribunal Militar Internacional (TMI) e do principal julgamento pós-Segunda Guerra, já a Lei de Conselho de Controlo n.º 10¹⁸ qualificava expressamente a violação como crime contra a humanidade. O Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente condenou os Generais Toyoda e Matsui por responsabilidade de comando por violações das leis ou costumes de guerra cometidos pelos seus soldados em Nanquim, incluindo

13 Assim, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Furundžija*, 10 de Dezembro 1998, para. 168 (*Furundžija*).

14 COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY OF THE AUTHORS OF THE WAR AND ON ENFORCEMENT OF PENALTIES, *The American Journal of International Law*, vol. 14, n.º 1/2, 1920, p. 114.

15 Assim, KRILL, FRANÇOISE, “The Protection of Women in International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 25, n.º 249, Dezembro 1985, p. 337.

16 MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's*, p. 113, n. 185.

17 McDONALD, GABRIELLE KIRK, “Crimes of Sexual Violence: The Experience of the International Criminal Tribunal”, *39 Columbia Journal of Transnational Law* 1, 2000-2001, p. 10.

18 Lei de ocupação e legislação multinacional com o objetivo de estabelecer uma base jurídica uniforme para o julgamento dos criminosos de guerra por tribunais de ocupação nas quatro zonas de ocupação na Alemanha. WERLE, GERHARD/JESSBERGER, FLORIAN, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, 3ª EDIÇÃO, OUP OXFORD, 2014, p. 11, marg. 35; MERON, THEODOR, “The Humanization of International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 2, 2000, p. 263.

violações e agressões sexuais generalizadas, tendo o ex-Ministro dos Negócios Estrangeiros do Japão, Hirota, também sido condenado por estas atrocidades¹⁹. Poder-se-ia então também aceitar que esta decisão e a da Comissão Militar dos Estados Unidos em *Yamashita* – juntamente com o amadurecimento da proibição fundamental de ultrajes à dignidade pessoal prevista no artigo 3 comum às Convenções de Genebra de 1949 (CG) no direito internacional consuetudinário – contribuíram para a evolução de normas universalmente aceites de direito internacional que proíbem tanto a violação como a agressão sexual grave, sendo elas aplicáveis em qualquer conflito armado²⁰.

Em *Yamashita* considerou-se que, apesar de ser absurdo considerar um comandante como um homicida ou violador porque um dos seus soldados comete um homicídio ou uma violação, já quando os homicídios, violações e ações cruéis e vingativas são infrações generalizadas – e não haja nenhuma tentativa efetiva por parte do comandante para descobrir e controlar os atos criminosos – tal comandante pode ser criminalmente responsabilizado pelos atos ilegais das suas tropas²¹. Ou seja, uma responsabilidade pelo incumprimento do dever leva a que o comandante seja responsabilizado, não por um crime de falha de cumprimento do dever, mas pelos crimes cometidos pelos subordinados²². O que não é o mesmo que dizer que o comandante cometeu²³ ou tenha participado²⁴ nos crimes²⁵. Ideia esta que ajuda a explicar porque é que Pauline Nyiramasuhuko,

19 *Furundžija*, para. 168. Cf., também, GOLDSTONE, RICHARD, “Prosecuting Rape as a War Crime”, p. 279.

20 *Furundžija*, para. 168.

21 LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. IV, 1948, p. 35. Esta abordagem da Comissão Militar foi apoiada pelo Supremo Tribunal. Cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, 3ª edição, 2013, p. 183.

22 ASSIM, CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility: A Quiet Earthquake”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, p. 175.

23 CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, pp. 171 e 172, em especial, p. 172, n. 61.

24 CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, p. 180, n. 102. Talvez se deva dizer que ele é responsável pela infração subjacente e não por ter participado na infração subjacente.

25 O que por vezes se sugere ser rebuscado. Cf. ICTY, Judgment, Declaration of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Orić*, 3 de Julho 2008, p. 71, n. 28, referindo-se a uma crítica académica que incidia também sobre a sua opinião em separada no caso *Hadžihasanović*: “*A forceful, and learned, criticism of the dissenters’ views in the Appeals Chamber’s decision in Hadžihasanović states: ‘In a command responsibility case, the commander is punished for his failure to control those under his command – not for participation in the crimes which they commit. Yet, the commander is punished not for a separate offence of failure to control, but for*



a ex-Ministra do Ruanda para a Família e Desenvolvimento das Mulheres foi também condenada por violações de compatriotas suas cometidas pelos seus subordinados masculinos pertencentes à *Interahamwe*²⁶.

Só com as Convenções de Genebra de 1949 foi inequivocamente estabelecida a proibição da violação, embora não estabelecida como uma violação grave que exija a imposição de sanções penais e extradição²⁷. A proibição consta especificamente do artigo 27 (3) da Convenção de Genebra IV, do artigo 76 (1) do Protocolo Adicional I e do artigo 4 (2) (e) do Protocolo Adicional II. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ETPI) prevê-a como crime contra a humanidade (artigo 7 (1) g) e crime de guerra (artigo 8 (2) a) xxii e artigo 8 (2) e) vi).

Sendo no passado a violação em guerra uma ocorrência de cujas vítimas foram maioritariamente mulheres, a persistente gravidade do problema é demonstrada pelos casos de violação em recentes conflitos como os que tiveram lugar na Antiga Jugoslávia e no Ruanda, guerras internacionais e/ou internas em que um outro fenómeno particularmente saliente foi o da violação de homens por homens²⁸. E daí que seja particularmente relevante o pronunciamento em *Akayesu* de que a violação e a violência sexual são uma das piores formas de inflição de lesão a *ele ou ela*²⁹.

***Akayesu* – uma violação pode ser um genocídio**

Decisão³⁰

O tribunal sublinhou que os elementos centrais do crime de violação não podem ser captados numa descrição mecânica de objetos e partes do corpo (para. 597) e definiu-o como sendo a invasão física de natureza sexual cometida sobre

the actual offences committed by his subordinates. See Christopher Greenwood, 'Command Responsibility and the Hadžihasanović Decision' [...] *I agree with the first sentence; the second sentence is difficult*". Sobre a possibilidade de condenar um arguido por violação em casos de responsabilidade de comando e de empresa criminal conjunta cf. EBOE-OSUII, CHILE, *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts*, pp. 97 a 144 e 175 a 177.

26 ICTR, Judgment, *Prosecutor v. Nyiramasuhuko et al*, 24 de Junho 2011, para 6093. Cf., também, EBOE-OSUII, CHILE, *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts*, p. 97.

27 MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's*, p. 113.

28 GOLDSTONE, RICHARD, "Prosecuting Rape as a War Crime", p. 277.

29 ICTR, Judgment, *Prosecutor v. Akayesu*, 2 Setembro 1998, para. 731 (*Akayesu*).

30 *Akayesu*.

uma pessoa em circunstâncias que sejam coercitivas (para. 598).

Depois de referir que a violação e a violência sexual constituem certamente *infição de lesões graves corporais e mentais* nas vítimas, o tribunal sublinhou que os atos de violação e violência sexual descritos na acusação constituem, *da mesma forma que qualquer outro ato*, genocídio, caso tenham sido cometidos com a intenção específica de destruir, no todo ou em parte, um determinado grupo enquanto tal, tendo as violações em causa resultado na destruição física e psicológica das mulheres tutsi, suas famílias e comunidades e sendo a violência sexual uma parte integrante do processo de destruição, visando especificamente as mulheres tutsis, e contribuindo em particular para a sua destruição e destruição do grupo tutsi como um todo (para. 731), destruição do espírito, da vontade de viver, e da própria vida (para. 732).

O tribunal exemplificou ainda que as mulheres tutsis eram apresentadas como objetos sexuais utilizando um caso de uma mulher que, antes de ser violada e morta foi obrigada, juntamente com as suas duas sobrinhas, a correr nua e a fazer exercícios com o objetivo de exibir as coxas das mulheres tutsis e referiu que o violador disse ‘vamos ver como é a vagina de uma mulher tutsi’, dizendo Akayesu, ao dirigir-se aos homens que estavam a cometer as violações, ‘nunca mais se pergunte a que é que sabe uma mulher tutsi’ (para. 732).

Mais cedo na decisão, o tribunal tinha referido que, no que diz respeito a *medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo*, a norma deve ser interpretada como compreendendo a mutilação sexual, a prática da esterilização, o controle de natalidade forçado, a separação dos sexos e a proibição de casamentos e que, nas sociedades patriarcais, onde a qualidade de membro de um grupo é determinada pela identidade do pai, um exemplo de uma medida que se destina a evitar nascimentos dentro de um grupo é o caso de, durante uma violação, uma mulher do referido grupo ser deliberadamente engravidada por um homem de outro grupo, com a intenção de dar nascimento a uma criança que não pertença ao grupo da sua mãe (para. 507).

As medidas em causa tanto podem ser físicas como mentais, avançando-se a situação em que uma pessoa violada posteriormente se recusa a procriar, e a em que os membros de um grupo sejam levados, por meio de ameaças ou trauma, a não procriar (para. 508).

Apreciação – uma caracterização nova aplicada retroativamente?

No âmbito de um debate sobre o princípio da legalidade aventa-se a possibilidade da qualificação de atos de violação como genocídio poder dar azo a uma violação do princípio da legalidade e avança-se que, apesar de os



condenados pelo TPIAJ e TPIR não poderem credivelmente alegar que as suas ações não lhes pareciam ilegais, há um fundamento maior para alegar que não estariam conscientes que certas ações criminais pudessem constituir uma forma particular de infração³¹.

No que diz respeito ao primeiro conjunto de violações (*infilção de lesões graves*) afirma-se que a violação e outros atos “não cabem expressamente na enumeração” prevista na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Convenção)³² e que atos que “não foram considerados pelos redatores da Convenção como genocidários entraram, apesar disso, no âmbito definicional do crime de genocídio e que, embora tais construções jurisprudenciais possam gerar criticismo, nomeadamente do ponto de vista do respeito pelo princípio da legalidade, poder-se-ia igualmente arguir que os tribunais demonstraram ser razoáveis e realistas na sua interpretação” mostrando uma análise dos casos que “a exclusão de tais atos do âmbito definicional do crime de genocídio foi, na verdade, injustificado”³³.

Mas, neste contexto, não pode haver qualquer dúvida de que não há qualquer problema aqui relacionado com o *nullum crimen*. O artigo 2.º da Convenção sobre o Genocídio dispõe o seguinte:

Na presente Convenção, entende-se por genocídio os atos abaixo indicados, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como:

- a) Assassinato de membros do grupo;
- b) *Causação de lesão grave à integridade física e mental* de membros do grupo;
- c) Submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;
- d) *Imposição de medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo*;
- e) Transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.

Partindo do princípio de que o direito costumeiro neste aspeto não se afastará do disposto na Convenção, não há nada que leve a concluir que uma violação ou um outro qualquer ato sexual não possa ser um dos atos que inflija lesões graves corporais e mentais. Há uma multitude de ações diferentes que se

31 ASSIM, MERON, THEODOR, *The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench*, Oxford University Press, 2011, p. 112.

32 Aprovada e proposta para assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de Dezembro de 1948.

33 FOURNET, CAROLINE, “The Judicial Development of the Law of Defences by the International Criminal Tribunals”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, p. 62.



podem dizer razoavelmente abrangidas nesta categoria de atos³⁴. Neste sentido, atos concretos de violação que causassem estas lesões estariam já abrangidos por uma *interpretação clara* da disposição em causa. Talvez se possa então dizer que o valor da conclusão inatacável do tribunal é o de que nenhum dos instrumentos proeminentes de direito criminal internacional *menciona especificamente* a violação como um ato de genocídio³⁵.

Já no que diz respeito ao segundo (*medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo*), poder-se-ia colocar a questão de ter existido uma recharacterização legítima. A ideia é a de que a alteração na designação de um crime internacional, depois do cometimento do crime, não é proibida pelo direito internacional dos direitos humanos, pois a regra principal da legalidade – a de que o ato teria de ser um crime quando cometido – é cumprida³⁶. Não existiria dúvida que as violações em causa seriam já, à data dos factos, um crime de guerra, um crime contra a humanidade ou um crime à luz do direito penal ruandês, mas o tribunal deu um passo adicional e considerou-as como genocídio. Assumindo-se, a bem da discussão, que, segundo a melhor interpretação jurídica à data dos factos, aquelas violações não constituiriam genocídio³⁷, apesar de poderem constituir outros crimes à luz do direito interno e internacional, o que o tribunal teria então feito seria dar uma nova caracterização ao facto, mais estigmatizante, a do crime dos crimes³⁸, o genocídio.

Uma definição simples do conteúdo mínimo do princípio da legalidade ou *nullum crimen nulla poena sine lege* será pacífica: o que se exige é que a criminalidade da conduta e a punição máxima a ela aplicável devem estar

34 Assim, EBOE-OSUJI, CHILE, *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts*, p. 160.

35 Assim, EBOE-OSUJI, CHILE, *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts*, p. 159.

36 Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2010, pp. 367 e 368, aludindo ainda a casos em que um ato não era um crime de direito costumeiro internacional – ou não era um crime segundo os princípios gerais de direito – quando cometido, mas a sua persecução em tribunal criminal nacional ou internacional como um crime internacional é permitida pelo direito internacional dos direitos humanos, mas tão só se o ato era crime à luz da lei nacional – ou direito convencional internacional – aplicável ao tempo do seu cometimento.

37 Segundo AKHAVAN, PAYAM, “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, *3 Journal of International Criminal Justice* 989, 2005, p. 1005, a afirmação do tribunal relativa às sociedades patriarcais parece confundir a destruição biológica com o novo crime contra a humanidade de ‘gravidez forçada’ previsto no artigo 7 (2) f do ETPI. No mesmo sentido, Fournet, pp. 66 e 67, acrescentando, no entanto, que, apesar de ir para além do domínio definicional dos crimes contra a humanidade, ao enfatizar a intenção do perpetrador o tribunal respeitou o espírito da convenção e a especificidade do crime de genocídio.

38 ICTR, Judgment, *Prosecutor v. Kambanda*, 4 de Setembro 1998, para. 16.

estabelecidos de forma clara antes do seu cometimento³⁹.

Mas, neste contexto, há que referir também que o *nullum crimen* seria violado se a re-caraterização não conduzir a uma especificação mais correta do ato em causa – ou à sua melhor caraterização – e isso redundar numa piora da situação do arguido, nomeadamente em virtude do estigma associado à nova caraterização. Uma nova caraterização que seja mais estigmatizante só será assim admissível se resultar nessa *melhor especificação* ou *caraterização*⁴⁰. Poder-se-ia aceitar que esta mais apropriada classificação de uma infração é procurada no campo do direito internacional humanitário e do direito penal internacional através de uma sua interpretação teleológica⁴¹.

Esta abordagem requer uma explicação adicional, pois, se, na tal definição mínima dada do *nullum crimen*, o foco está na criminalidade da conduta e na não aplicação de uma pena superior à aplicável à conduta no momento dos factos – para a determinação da qual era, de qualquer forma, já necessário determinar que um comportamento criminoso estaria em causa – agora olha-se para a específica qualificação jurídica como possível razão de colisão com o princípio da legalidade. Possivelmente, esta ligação mais estreita do facto à sua caraterização pelo direito é justificadamente tratado no âmbito do *nullum crimen*, pois quando alguém é condenado por um crime há uma ligação necessária entre a realidade factual e a ‘realidade jurídica’. A ‘realidade jurídica’ do momento dos factos, aplicável àqueles factos, só pode assim ser substituída por uma outra ‘realidade jurídica’ posterior se isso for *daquela* forma justificável. Caso contrário, estaria próxima a correção da afirmação de que se poderiam substituir todos os crimes internacionais e formas de responsabilidade pela consideração de que “teve lugar um crime”⁴².

Tendo em conta as características do direito penal internacional e o seu

39 Cf., também, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Vasiljević*, 29 de Novembro 2002, para. 201; ICTY, Decision on Joint Challenge to Jurisdiction, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 12 de Novembro 2002, para. 62. ICTY, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 16 de Julho 2003, para. 34.

40 Mas cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 79, n. 33, que – a propósito de situações qualificadas por Hart como de “penumbra” e possivelmente com *Furundžija* em mente – sustentam que o rótulo de crime de guerra relativamente a uma infração que apresenta uma ligação a uma guerra, e que indisputavelmente não pode ser classificada como infração criminal ordinária, pode servir para implementar o objeto e propósito do direito internacional humanitário e que o *in dubio pro reo* não deve ser obstáculo a esta construção pois a máxima normalmente afeta a medida da pena e não a caraterização do crime, podendo ser tida em conta para tornar a pena mais leve mas não para evitar o rótulo mais estigmatizante.

41 Cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 79, n. 33.

42 Esta ideia em ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 941, n.

estado de desenvolvimento – de forma mais relevante até bem recentemente – esta forma de melhor especificação ou determinação do direito aplicável, desde que respeitando o quadro jurisdicional em causa e as exigências mais comumente associadas ao *nullum crimen*, até se pode arguir ser a forma ótima, além de mais transparente, de descrever o direito que se está a usar para a punição concreta⁴³.

Repare-se que se considerasse o caso como crime de guerra ou crime contra a humanidade, a intenção de destruição do grupo poderia ser utilizada como circunstância agravante da pena, o que poderia (ou, na pureza da análise, teria que) levar a uma punição concreta igual, pois o caso concreto não muda por mudarem os rótulos⁴⁴. Por outro lado, parece que o rótulo de genocida é adequado para alguém que comete as tais violações com intuito de destruir o grupo tutsi⁴⁵.

Sublinhe-se ainda que se está a adotar esta posição num contexto em não existem molduras penais diferentes para os diferentes crimes e que as penas aplicáveis de direito costumeiro compreendem um conjunto de punições que vão até à morte⁴⁶. E anote-se que, quando se aplica uma pena mais leve correspondente a lei nova com caracterização diferente, normalmente não se nota o problema. O que sublinha que a principal questão está mesmo é na pena e no estigma.

Assim, a possibilidade de recaraterização aqui em causa não colide com o *nullum crimen* desde que se respeite o limite máximo da pena aplicável, o que alerta para a circunstância que, no contexto do direito penal internacional, o respeito pelo *nullum crimen* acaba por ser assim ‘quase engolido’ pelo respeito

43 Cf., também – embora de um ponto de vista diferente que sublinha o papel que os estados, e não os tribunais, devem ter neste contexto –, a explicação sobre o princípio da rotulagem justa em CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić and the War Crime of Terror Bombing”, 2 *IDF Law Review* 75, 2005-2006, pp. 99 a 101.

44 Cf., ainda, as opiniões do juiz Li sobre a ausência de diferença de gravidade entre os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra (ICTY, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997, paras. 19, 21 e 22). Cf., também, AKHAVAN, PAYAM, “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, pp. 997 e 998.

45 Cf., também, CRYER, ROBERT/FRIMAN, HAKAN/ROBINSON, DARRYL/WILMSHURST, ELIZABETH, p. 218 que, apesar de reconhecerem o possível ‘desvio na direção’ de um crime de gravidez forçada, sustentam que a infração não é demasiado lata dada a necessidade de provar tanto a intenção genocida como a intenção de prevenir nascimentos dentro do grupo.

46 Cf., também, SCHABAS, WILLIAM, “Perverse Effect of the nulla poena principle: national practice and the ad hoc Tribunals”, *European Journal of International Law*, vol. 11, n.º 3, 2000, p. 523; PAUST, JORDAN, “Nullum Crimen and Related Claims”, p. 323; GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 128.



pelo *nulla poena*⁴⁷.

***Furundžija* – sexo oral é violação?**

Decisão⁴⁸

Partindo do princípio de que *o direito internacional não tem uma definição de violação* (para. 175), o tribunal observou que não tinha produzido resultado o recurso ao *direito dos tratados internacionais* ou ao *direito costumeiro*, nem o recurso aos *princípios gerais do direito penal internacional* ou aos *princípios gerais de direito internacional* tinha sido de qualquer proveito, e por isso considerou que, *para se chegar a uma definição precisa de violação* com base no *princípio de especificidade* seria necessário procurar por princípios de direito penal comuns aos principais sistemas jurídicos do mundo, sendo que estes princípios podem ser derivados, com a *devida cautela*, das leis nacionais (para. 177).

O tribunal considerou que se podia discernir uma *tendência na legislação nacional* de uma série de estados de forma a ampliar a definição de violação para passar a incluir atos que anteriormente eram classificados como delitos comparativamente menos graves – isto é agressão sexual ou indecente – mostrando esta tendência que, a nível nacional, os estados tendem a ter uma atitude mais rigorosa relativamente a formas graves de agressão sexual, atribuindo-se agora o *estigma da violação* a uma categoria crescente de crimes sexuais, desde que, claro, eles preencham certos requisitos, sendo que um desses requisitos é o da *existência de penetração física forçada* (para. 179).

Resultou da pesquisa de legislação nacional que a maioria dos sistemas legais nos mundos da *common law* e do direito continental consideram que a violação é uma penetração sexual forçada do corpo humano pelo pénis, ou através da inserção forçada de qualquer outro objeto, na vagina ou no ânus (para. 181), sendo que a maior discrepância pode ser identificada na criminalização da penetração oral forçada, pois enquanto alguns estados a tratam como agressão sexual, outros tratam-na como violação (para. 182).

47 Já estão – pensa-se que de forma indiscutível – em existência normas de direito internacional concretizadoras do *nulla poena*. Por exemplo: as penas máximas aplicáveis têm de existir no momento dos factos e têm de ser previsíveis; ninguém pode ser submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; crimes menores não compreendem penas de morte ou penas de prisão perpétuas; a pena de morte não pode ser aplicada a pessoas de idade inferior a 18 anos no momento da infração.

48 *Furundžija*.

Diante desta falta de uniformidade, *caberia ao tribunal estabelecer se uma solução apropriada poderia ser alcançada* através do recurso aos *princípios gerais de direito penal internacional* ou, se tais princípios não forem de nenhum proveito, aos *princípios gerais do direito internacional* (para. 182).

Considerando que o *princípio geral de respeito pela dignidade humana* é a própria *raison d'être* do direito internacional humanitário e do direito dos direitos humanos, seria adequado tratar um ultraje sexual tão grave como a penetração oral forçada como constituindo violação (para. 183).

Enfim, a única reclamação do acusado poderia ser a de que se atribui um *maior estigma* à condenação por violação do que à condenação por agressão sexual, mas essa preocupação, *produto de atitudes questionáveis*, é *amplamente superada* pelo princípio fundamental de proteger a dignidade humana que *favorece a ampliação* da definição de violação (para. 184).

Apreciação – uma caracterização já possível no momento dos fatos?

Sem uma definição internacional escrita que o ajudasse, e depois de uma tentativa esforçada de com cautela ver se os princípios de direito penal comuns aos principais sistemas jurídicos do mundo poderiam ajudar, como se isso fosse exigido pelo princípio da legalidade, o tribunal, afastando-se da definição de violação ‘não centrada na mecânica do ato’ avançada em *Akayesu*, chegou facilmente a uma definição de violação que inclui o coito vaginal ou anal. Mas o esforço não foi suficiente para lidar com o coito oral e então o tribunal invocou o princípio da dignidade humana como adjuvante interpretativo para chegar à melhor solução para o caso. A cláusula de Martens estabelece que “até que um código mais completo das leis de guerra seja adotado, julga-se oportuno constatar que, nos casos não incluídos nas disposições regulamentares adotadas, as populações e os beligerantes *permanecem* sob a salvaguarda e o império dos *princípios do direito das gentes*, tal como eles resultam dos *usos estabelecidos entre os povos civilizados*, das *leis da humanidade* e das *exigências da consciência pública*”⁴⁹. Certamente que o apelo ao princípio da dignidade humana se pode considerar como uma concretização hodierna – mais ligada ao movimento dos direitos humanos – das exigências da consciência pública, mais imbricada no direito internacional humanitário.

Este apelo a princípios latos de direito internacional para chegar à melhor decisão judicativa está fortemente alicerçado e legitimado no apelo que os tribunais de guerra fizeram, desde o seu aparecimento, a princípios latos contidos

49 Itálicos adicionados.



na cláusula de Martens ou alguns seus sucedâneos interessantes⁵⁰.

Se parece que o tribunal quis sugerir que *Akayesu* tinha levado a definição de violação para além do que seria especificamente estabelecido por um inquérito das leis domésticas⁵¹ e que invocou o objeto e a finalidade do direito internacional humanitário para justificar uma ampliação da proibição internacional da violação para além do que era previsto na lei doméstica⁵², e que assim a ironia pareceria ser a de que também foi além do que resultaria do seu próprio inquérito das leis nacionais⁵³, o que é de sublinhar com mais ênfase é que os atos forçados de penetração oral cometidos em tempo de conflito armado contra civis indefesos são *criminosos* segundo o direito internacional, e o problema é como os caracterizar.

Para tal o tribunal descreveu a sua visão sobre as fontes às quais se deve recorrer – e a ordem hierárquica em que esse recurso tem lugar –, parecendo distinguir entre *fontes primárias* (tratados e direito costumeiro), princípios gerais de direito internacional, incluindo direito penal internacional, inferidos do sistema de direito internacional público ou direito penal internacional no seu todo, recorrendo-se primeiro a estes, e, depois, a *fontes subsidiárias* tal como os princípios de direito penal comuns aos principais sistemas jurídicos do mundo, sendo a articulação destes alicerçada não meramente em interpretação ou generalização mas numa abordagem jurídica comparativa⁵⁴. Talvez, por último, e ainda desta perspetiva, o recurso a princípios gerais de direito consonantes com as exigências básicas de justiça internacional⁵⁵, principalmente quando

50 Tal como a ‘consciência mundial’ e os ‘ditames elementares da humanidade’. Cf. IMT, Judgment, *USA et al. v. Göring*, The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, 1 Outubro 1946, pp. 446 e 450 (*Göring*).

51 EBOE-OSUJI, CHILE, *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts*, pp. 146 a 149. Cf., também, GOLDSTONE, RICHARD, “Prosecuting Rape as a War Crime”, p. 283, que sustenta que este passo em frente foi crucial pois concentrou-se no importante aspeto da violação da vítima. De qualquer forma, há que assinalar que a comunhão entre as nações relativamente à exigência de penetração parece ser muito maior do que a que diz respeito à classificação do sexo oral. O que poderia levar à afirmação de que em *Furundžija* o esforço de respeito pela solução que resultaria das leis nacionais foi muito maior do que o de *Akayesu*.

52 Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”, 97 *The Georgetown Law Journal* 119, 2008, pp. 166 e 167. Segundo a legislação da Antiga Jugoslávia ele só poderia ser acusado por agressão sexual. *Furundžija*, para. 184.

53 Assim, EBOE-OSUJI, CHILE, *International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts*, p. 147.

54 Esta divisão é exposta em CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, pp. 9, 10 e 15, onde se referem ainda *fontes secundárias* (os processos de criação de direito previstos em regras de direito costumeiro ou tratados, tal como resoluções vinculativas do CS). Cassese foi um dos juízes deste caso.

55 ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Kupreskić*, 14 de Janeiro 2000, para. 591, onde Cassese foi



todo o exercício anterior não dê ainda resposta clara ao problema. Para quem, como é o caso do autor deste texto⁵⁶, o direito internacional a aplicar ao caso concreto seja resultado de uma avaliação das fontes no seu conjunto, esta esquematização e hierarquização tem toda a aparência de ter sido inventada pelo ‘tribunal’.

Seja como for, à partida, aquela específica caracterização, mesmo que retroativa como já se avançou, não contende com o *nullum crimen* – desde que a pena aplicável não seja superior à disponível no momento do facto, e não necessariamente de acordo com a prática de determinação da pena na Antiga Jugoslávia para esses crimes⁵⁷ – é correto. Mas além desta consideração, também é possível defender que essa era a caracterização mais adequada ao tempo dos factos e já existia aí. De facto, não existe razão nenhuma para sustentar que o quadro de direito internacional ao tempo dos factos não apoiaria uma caracterização do sexo oral como violação como a melhor interpretação do direito vigente. E, neste sentido, o tribunal está a aplicar direito internacional existente ao tempo dos factos⁵⁸. E por isso deve-se interpretar *cum grano salis* a circunstância de o tribunal achar que o direito internacional não tem uma definição de violação. O que pode, de facto, ter sido um erro, pois é difícil de justificar a alegação de que um crime existe sem qualquer definição, sendo que o que o tribunal deveria era ter reconhecido que estava a aplicar direito internacional ao definir a violação através dos princípios gerais de direito⁵⁹.

No que ao *nullum crimen* diz respeito – entendido este como garantia

também juiz.

- 56 Cf., também, WRIGHT, QUINCY, “The law of the Nuremberg Trial”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 340.
- 57 Pois o direito internacional que o tribunal tem de aplicar não se confunde com o direito da Antiga Jugoslávia. Neste sentido, por exemplo, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Krajišnik*, 17 de Março 2009, para. 749 e 750. Mas cf. *Furundžija*, para. 184. Cf., também, sobre este assunto e em sentido diferente do que aqui se segue, D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC, Hart Publishing, 2011, pp. 115 a 123 e 141 a 143, afirmando que as disposições do ETPIAJ e ETPIR relativas à prática de determinação da pena dos tribunais nacionais resultam da ideia de que se essa prática for seguida não há violação do *nulla poena* e que, apesar de a prisão perpétua não existir na lei jugoslava ao tempo dos factos, ela pode ser imposta, pois pode legitimamente ser considerada um substituto da pena de morte inicialmente existente no direito jugoslavo. Neste sentido, também ICTY, Sentencing Judgment, *Prosecutor v. Tadić*, 14 de Julho de 1997, para. 9.
- 58 Mas, cf. VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens In International Law, A Positivist And Constitutionalist Approach*, Diss. Doct., Leuven, 2011, p. 80, n. 332 e p. 82, n. 337; CRAWFORD, JAMES, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8.ª edição, 2012, p. 35.
- 59 Assim, GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts”, *48 Villanova Law Review* 763, 2003, p. 132, n. 133.



do arguido e não como exigindo uma qualquer separação de poderes a nível internacional que replique a existente a nível doméstico – a acusação e condenação até podia ter lugar por algo ‘inventado’ ainda mais específico como um crime contra a humanidade ou crime de guerra com o nome ‘Atos de Penetração Oral Forçada’⁶⁰.

Diriam alguns que isto significaria usar a técnica *ejusdem generis* em todo o direito internacional⁶¹, e não só no âmbito dos crimes contra a humanidade, os quais são frequentemente descritos através de uma lista de crimes na qual estão compreendidos ‘outros actos desumanos’. Desde que não se signifique com isso que se poderia condenar por atos que não eram criminosos à época – ou com pena superior à aplicável no momento do ato e tendo em atenção o esclarecimento acima feito acerca da correta interpretação – não parece que tal ideia seja de rejeitar. Talvez o que seja de salientar é que num sistema em que os crimes ainda não estão, em larga medida, ‘cá fora’ é natural que primeiras e ‘novas’ qualificações e caracterizações tenham de ser feitas com mais frequência⁶². E que o recurso a técnicas interpretativas que não correspondem aos métodos escritos de interpretação ‘usados’ em alguns sistemas nacionais é mais necessário.

Por outras palavras, o facto de o melhor nome, ou a melhor definição, para o ato criminoso ainda não estar ‘dado’, ou ‘soletrada’, à altura dos factos – e desde que se possa dizer que já poderia resultar de uma interpretação feita nesse momento – não legítima a quase-que-automática reação-alegação de que se está a violar o *nullum crimen*.

60 Cf., ainda, PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen and Related Claims*”, p. 332, n. 90, aludindo a uma condenação por ‘cortar uma orelha’ enquanto conduta de natureza a trazer descrédito às forças armadas e CAEIRO, PEDRO / LEMOS, MIGUEL ÂNGELO, André Klip / Göran Sluiter (eds.), “*Commentary*”, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, The Special Court for Sierra Leone*, vol. 21, Intersentia, 2010, pp. 818 e 819, admitindo possível uma condenação por um crime internacional de ‘casamentos forçados’.

61 Talvez esta seja a ideia que se quer passar ao defender a possibilidade de analogia e interpretação extensiva no direito penal internacional. Cf. GLASER, STEFAN, “*La Méthode d’Interpretation en Droit International Pénal*”, 9 *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966, pp. 767 a 772. Cf., ainda, BASSIOUNI, M. CHERIF *Crimes against Humanity, Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2014, p. 306. Aparentemente admitindo o uso da técnica no âmbito de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, CASSESE, ANTONIO, “*Black Letter Lawyering v. Constructive Interpretation The Vasiljević Case*”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, *passim*.

62 No que ao *nullum crimen* diz respeito, sem dúvida que, mais do que *nullum crimen sine lege*, a veste sob a qual ele aparece aqui é de *nullum crimen sine iure*. Assim, também, GLASER, STEFAN, “*La Méthode d’Interpretation en Droit International Pénal*”, p. 766.



Apontamento final quanto às fontes e interpretação do direito penal internacional

Mais adequado é assim admitir-se que se está a recorrer aos princípios nacionais e internacionais e a ‘tudo o resto’ para ‘chegar’ à norma criminal internacional mais apropriada para aplicação ao caso. Possivelmente, esta é a melhor interpretação da postura com que o TMI e os tribunais pós Nuremberga abordaram o problema das fontes.

O TMI afirmou o direito internacional não é o produto de uma legislatura internacional e aludiu às suas fontes pois o direito da guerra pode ser encontrado não só em *tratados*, mas também nos *costumes e práticas* dos Estados que gradualmente obtiveram reconhecimento universal e nos *princípios gerais de justiça* aplicados por juristas e por tribunais militares, direito este que não é estático, e que por adaptação contínua acompanha as necessidades de um mundo em mudança⁶³. Esta postura não está em desacordo com o ETIJ que elenca às diversas fontes de direito internacional: *convenções internacionais*, *costume*, *princípios gerais de direito* e, como fontes subsidiárias, *decisões judiciais* e *escritos de juristas*.

É certo que, em termos de direito existente, houve uma mudança na ‘legalidade’ de Nuremberga para cá; a prova é avassaladora neste sentido⁶⁴. A afirmação de que o princípio – mais bem descrito como – “da ilegalidade” é um mero princípio de justiça e não uma limitação à soberania, feita à altura pelo TMI, é agora errada⁶⁵.

Mas ao validarem Nuremberga e ao estabelecerem o *nullum crimen nulla poena* em tratados internacionais em que se dá guarida a Nuremberga⁶⁶ e de que há países de direito anglo-saxónico que são parte, os estados estabeleceram um princípio da legalidade que não nega a possibilidade de punir de acordo com os princípios gerais de direito internacional e os princípios gerais de direito comuns às nações e de usar o método interpretativo de Nuremberga, não só para a determinação do direito costumeiro, mas também para a determinação desses.

Os tribunais internacionais que, quase meio século depois, foram criados,

63 Göring p. 445.

64 Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, *passim*.

65 Sobre a ‘ilegalidade’, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 14 e 15.

66 Resolução da AG 95 (I), adotada em 11 de Dezembro de 1946 por iniciativa dos Estados Unidos, e onde se afirmaram os princípios do direito internacional reconhecidos pela Carta do TMI e no acórdão do tribunal. Cf., também, o artigo 15 (2) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o artigo 7 (2) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. SCHAAK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 175, afirma também que estes tratados providenciam validação multilateral à abordagem de Nuremberga ao *nullum crimen*.



também certamente agarrados à ideia de que os princípios seriam apenas fonte subsidiária e guiados por um relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas (SG)⁶⁷, preferiram um caminho mais filiado no (‘rótulo’) direito costumeiro para encontrar a norma internacional a aplicar. De facto, o direito costumeiro tem sido a fonte oficial de criminalização dos comportamentos punidos pelos modernos TPIs, com raízes fortes no principal julgamento de Nuremberga⁶⁸.

Contudo, o que se defende é que mais do que a determinação do direito costumeiro – cuja permanente invocação mais parece tentativa de respeitar a deslocada afirmação do SG⁶⁹ do que compromisso sério de só o aplicar a ele – o que estes tribunais fazem é uma pesquisa abrangente de todas as fontes de direito internacional, tratados, costume, princípios gerais de direito, princípios de humanidade e ditames da consciência pública, com apoio forte na fonte subsidiária da jurisprudência quando ela exista, e em boa medida influenciados pelo senso comum, experiência e lógica⁷⁰, para avaliar se, à luz destes, considerados no seu todo, existe ou não uma norma criminal internacional que puna determinado comportamento. Normalmente é possível identificar a criminalidade do comportamento através de uma só das fontes, mas o que se sublinha é que não terá de ser assim e que as linhas de argumentação paralelas relativamente a várias fontes podem, não só servir para reforçar a afirmação de punição criminal resultante de uma só das fontes, como para suportar uma conclusão de existência de crime que não se possa dizer, em rigor, resultante de uma só fonte *per se*.

Na verdade, a natureza atroz e extrema de alguns comportamentos em causa torna mais trágavel, não só a determinação do seu carácter criminal em

67 REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL PURSUANT TO SECURITY COUNCIL PARAGRAPH 2 OF RESOLUTION 808, U.N. Doc. S/25704, and Add. 1, 1993, para. 34.

68 Daí que com alguma cautela se olha para a ideia de que ao direito humanitário não foi atribuído um lugar de especial tratamento no direito internacional no que respeita a um relaxamento do *standard* de prova em relação à existência de direito costumeiro. Cf., todavia, CRYER, ROBERT, “Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel, The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 11, n.º 2, 2006, p. 243. O *standard* é o de Nuremberga e se este é mais relaxado então pode-se dizer que a aceitação generalizada do que se passou em Nuremberga é a legitimação desse tratamento especial.

69 MERON, THEODOR, *The Making*, p. 32 refere que tendo em conta que Nuremberga firmou a criminalidade não só no costume, mas também em tratados e princípios gerais de direito criminal, uma das razões para o facto de o TPIAJ se ter apoiado *principalmente* no direito costumeiro é o *desejo de honrar* aquela afirmação. Crítica ao comentário do SG em CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić”, p. 84.

70 Cf. WALD, PATRICIA, “Note from the Bench”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, p. xxxviii.



resultado da sua violação dos princípios da cláusula de Martens⁷¹, mas também em resultado da violação dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, e os princípios gerais de direito penal⁷² nos casos em que tais comportamentos “ultrapassem em magnitude e selvajaria quaisquer limites do que seja tolerável pelas civilizações modernas”⁷³.

Conclusão

Os modernos tribunais penais internacionais interpretaram, nesta matéria, o direito não como matemática mas como produto social que deve estar impregnado de bom senso, e deram azo a avanços significativos com fundamento em decisões corretas – que enfatizaram o elemento humanitário das leis do conflito armado, mas que se mantiveram dentro da “órbita do direito existente”⁷⁴ – e não violadoras do *nullum crimen nulla poena*.

Talvez demasiado entusiasta o comentário mas pode-se terminar com a afirmação de que se isto é criatividade judicial então abençoado o seu nome⁷⁵.

71 LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations and the Punishment of War Crimes”, 21 *The British Yearbook of International Law* 58, 1944, p. 65. Cf., também, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 115.

72 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 115. Mas cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 327 que, no contexto da discussão sobre “princípios da legalidade na Carta de Londres e desenvolvimentos pós Carta”, afirma que o direito penal internacional nunca se apoiou em “princípios gerais” como fonte de criminalização internacional.

73 SCHWELB, EGON, “Crimes Against Humanity”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 137; OPENING STATEMENT BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, Robert Jackson, 21 de Novembro 1945 (disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/11-21-45.asp>). Cf., também, GOODHART, A. L., “The Legality of the Nuremberg Trials”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 635.

74 Cf., também, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War, The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2014, p. 324. Ou, como de alguma forma avançado por CASSESE, ANTONIO, *Five Masters of International Law*, Hart Publishing, 2011, citado em DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 325, e tendo como tópico ‘a verdadeira arte do juiz’, os tribunais mudaram o direito mas não se moveram para além do quadro jurídico no qual ele lhes exige que trabalhem. Ou melhor: não o ‘mudaram’. Interpretaram-no.

75 WALD, PATRICIA, “Note from the Bench”, p. xxxviii.

