



Miguel Ângelo Loureiro Manero de Lemos

NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE
E O DIREITO INTERNACIONAL

Em defesa de como os tribunais de guerra deram vida ao direito penal internacional

Tese de Doutoramento em Direito, Ramo de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Senhora Prof. Doutora Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Agosto de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Nullum crimen nulla poena sine lege e o direito internacional

Em defesa de como os tribunais de guerra deram vida ao direito penal internacional

Miguel Ângelo Loureiro Manero de Lemos

Tese de Doutoramento em Direito, Ramo de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Senhora Prof. Doutora Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Agosto de 2015

Índice

Índice	3
Abreviaturas	13
Introdução	15
Parte I – A cláusula de Martens	17
1. O original em 1899 e 1907.....	17
2. O preâmbulo da Convenção de Haia II de 1899 (e âmbito vasto dos seus regulamentos anexos).....	17
3. Os artigos 1 e 2 dos regulamentos anexos	18
4. O <i>status</i> da cláusula em direito internacional	19
4.1. <i>Opinio iuris</i> de que existem princípios do direito das gentes que resultam dos usos estabelecidos entre os povos civilizados, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública.....	19
4.2. Além de <i>opinio iuris</i> é prática estatal.....	21
4.3. A cláusula é direito costumeiro.....	25
5. Um antecedente relevante e uma ponte entre um direito mais natural e um outro mais positivo	27
6. Uma primeira aproximação a uma sua interpretação razoável.....	30
7. A cláusula como prevenindo uma interpretação <i>a contrario</i>	33
8. Como adjuvante interpretativo e motor de uma expansão judicial do âmbito do direito internacional humanitário	34
8.1. Em caso de dúvida, interpretação amiga da humanidade.....	34
8.2. Limitações – a cláusula como parasita de uma regra pré-existente e claramente relevante aparentada a diretrizes nacionais para a interpretação jurídica de direito interno	36
9. Algo mais que uma mera ajuda. Um impacto nas fontes tradicionais.....	38
9.1. Não novas fontes mas algo parecido no campo do direito internacional humanitário	38
9.2. Justificação para este impacto hodierno.....	39
10. Mas não será a cláusula algo mais ainda?.....	40
10.1. Para o ser teriam que se verificar certas condições	40
10.2. Contexto histórico	41
10.2.1. A conferência de Bruxelas de 1874 e o colapso iminente da conferência de Haia de 1899.....	41
10.2.2. A tese de que a cláusula era vista como significando que existia direito costumeiro da guerra	43
10.2.3. A tese de que algo foi dado às pequenas potências	47
10.2.4. Conclusão.....	48
10.3. Jurisprudência	49
10.3.1. Casos decididos por países geográfica ou demograficamente pequenos	49
10.3.2. Nuremberga – <i>Göring, Krupp e Justice</i>	52
10.3.3. Tribunal Internacional de Justiça – <i>Corfu, Nicaragua e Nuclear Weapons</i>	53

10.3.4. Tribunais internacionais penais modernos – <i>Martić, Akayesu, Kupreskić, Hadžihasanović e Furundžija</i>	54
10.3.5. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – <i>Kononov</i>	56
10.4. Outros.....	56
10.5. Conclusão.....	57
11. O que será esse algo mais?.....	57
11.1. Fontes independentes do direito da guerra.....	57
11.1.1. A cláusula como autoridade autossuficiente e conclusiva.....	57
11.1.2. A opinião dos estados desempenharia um papel diferente em comparação com o exigido no processo costumeiro.....	58
11.1.3. Não só fontes mas também princípios.....	60
11.2. Fontes independentes em situações concomitantes a guerra e em paz.....	62
11.2.1. Humanidade sim, mas só em guerra.....	62
11.2.2. Em paz não e agora também não em guerra.....	64
11.2.3. <i>Lotus</i> e a soberania.....	68
12. Generalidade, indeterminação, direito penal e armas nucleares.....	70
12.1. As preocupações.....	70
12.2. Relativização das preocupações.....	72
12.3. Os conceitos não são assim tão indeterminados quando confrontados com algumas atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial.....	73
12.4. <i>Nuclear Weapons</i>	76
12.4.1. O tribunal – não se pode dizer que sejam mesmo proibidas.....	76
12.4.2. <i>Shahabuddeen</i> – são proibidas.....	77
12.4.3. Comentário.....	78
13. Conclusão – a cláusula enquanto fonte de crimes.....	80
Parte II – Nuremberga (e Tóquio) – O <i>nullum crimen</i> como princípio de justiça mas não como limitação à soberania	83
1. As cartas.....	83
2. Nuremberga.....	84
2.1. Jurisdição, <i>nullum crimen</i> e guerra agressiva.....	84
2.2. Guerra agressiva, tratados e resoluções.....	86
2.3. Responsabilidade criminal individual, ordens superiores e atos de estado.....	88
2.4. Crimes de Guerra.....	89
2.5. Crimes contra a humanidade.....	89
3. Tóquio.....	90
3.1. O tribunal.....	90
3.2. <i>Jaranilla</i> e a previsibilidade.....	90
3.3. <i>Webb</i> e a justiciabilidade.....	90
3.4. <i>Röling</i> , o direito de reagir e o caminho judicial.....	91

3.5. Bernard e o direito natural	92
3.6. Pal e a soberania nacional	92
4. Apreciação	93
4.1. <i>Nullum crimen</i> , soberania, jurisdição	93
4.1.1 Tudo muito ambíguo	93
4.1.2 Pouca deferência em Tóquio (e na outra Nuremberga) para com a soberania	94
4.1.3. Jurisdição universal, o ponto de vista do Tribunal Militar Internacional e a natureza jurisdicional das cartas	95
4.1.4. O <i>nullum crimen</i> não é limitação à soberania	97
4.1.5. Permissibilidade de direito ex post facto e imoralidade	101
4.2. Fontes e interpretação jurídica	103
4.2.1. Um novo contexto internacional no início do século XX	103
4.2.2. Fontes e a sua leitura em conjunto	104
4.2.3. Métodos de interpretação	106
4.3. Responsabilidade criminal individual de direito internacional	108
4.4. O <i>nullum crimen</i> e os crimes de guerra	111
4.4.1. Análise antes da Primeira Guerra – as primeiras codificações	112
4.4.2. Entre as guerras – o Relatório da Comissão e o Tratado de Versalhes	113
4.4.3. Durante e depois da Segunda Guerra	116
4.4.4. Uma possível descrição do processo de criminalização	117
4.5. O <i>nullum crimen</i> e os crimes contra a paz (crime de agressão)	118
4.5.1. O crime de agressão como crime internacional à data do início da Segunda Guerra	119
4.5.1.1. O consenso sobre a não proibição da guerra agressiva no período antes da Primeira Guerra Mundial	120
4.5.1.2. O costume e as resoluções no período entre as guerras	122
4.5.1.2.1. Prática e <i>opinio iuris</i>	122
4.5.1.2.2. Cautelas	125
4.5.1.2.2.1. O senso de se estar a seguir um dever jurídico	125
4.5.1.2.2.2. Costume instantâneo	127
4.5.1.2.3. <i>Desuetude?</i>	130
4.5.1.2.4. Conclusão	132
4.5.1.3. Os princípios gerais de direito e a possibilidade de recharacterização	133
4.5.1.4. O Pacto de Paris	138
4.5.1.4.1. A leitura em conjunto das fontes	138
4.5.1.4.2. Há que analisar uma última objeção	139
4.5.1.5. Os ditames da consciência pública	141
4.5.1.6. As leis da humanidade	142
4.5.2. A possibilidade de julgamento de líderes de exércitos vencidos	143
4.5.2.1. Possibilidade de execução sumária dos derrotados antes da Segunda Guerra	143

4.5.2.2. Hipótese de direito costumeiro em sentido contrário	145
4.5.2.2.1. Um direito internacional esquizofrénico	145
4.5.2.2.2. Uma lacuna?	146
4.5.2.2.3. Prática incipiente e amnésia	147
4.5.2.2.4. Uma extensão?	147
4.5.2.3. Hipótese de princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas em sentido contrário	149
4.5.2.4. A melhor solução de direito e o direito que sai de Nuremberga.....	149
4.5.3. Desenlace	150
4.6. O <i>nullum crimen</i> e os crimes contra a humanidade.....	153
4.6.1. O nexó com a guerra na Carta	153
4.6.2. As raízes bem antigas e a deferência para com a soberania em pleno século XIX e a caminho da Primeira Guerra	155
4.6.3. A Primeira Guerra e o ultraje provocado pelos crimes contra a população arménia	158
4.6.4. A Segunda Guerra e os crimes cometidos contra judeus e outras minorias	161
4.6.4.1 Os princípios resultantes da cláusula.....	161
4.6.4.1.1. A história legislativa da Carta e o nexó – atrocidades sim mas só em guerra	161
4.6.1.1.2. O Tribunal Militar Internacional e o nexó	167
4.6.1.1.3. Fora com o nexó	168
4.6.1.1.4. Crimes contra a humanidade puníveis no momento dos factos	171
4.6.4.2. Os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas e os crimes comuns	174
4.6.4.2.1. Introdução	174
4.6.4.2.2. Crimes contra a humanidade enquanto crimes domésticos e <i>lex mitior</i> relativamente aos crimes comuns.....	175
4.6.4.2.3. Crimes contra a humanidade como princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.....	176
4.6.4.2.3.1. Enquanto <i>lex mitior</i>	176
4.6.4.2.3.2. O método de dedução em causa	177
4.6.4.2.3.3. Obstáculo: isto é legislar e portanto tal aplicação violaria o <i>nullum crimen</i>	179
4.6.4.2.3.4. Os crimes contra a humanidade na Alemanha por alemães contra alemães antes da Guerra.....	180
4.6.4.2.3.4.1. Não são crimes de direito interno	180
4.6.4.2.3.4.2. Crimes segundo os princípios gerais de direito	182
4.6.4.2.3.4.3. Pena segundo os princípios gerais de direito	183
4.6.4.2.3.4.4. Uma solução ‘ainda de direito’ melhor do que uma de ‘não direito’	184
4.6.4.3. Um lugar no plano criminal para os princípios do direito das gentes.....	185
4.7. <i>Nulla poena</i> em direito internacional	186
5. Conclusão – o que é devido a Nuremberga.....	187

Parte III – O <i>nullum crimen nulla poena</i> enquanto direito costumeiro nos tribunais de guerra modernos	189
1. Introdução	189
2. Considerações preliminares	191
2.1. <i>Delalić</i> – o princípio da legalidade	191
2.2. Apreciação	193
3. <i>Erdemović</i> e as causas de exclusão da responsabilidade (defesas)	198
3.1. Vorah e Mcdonald (Li) – coação não é defesa para o homicídio de inocentes	199
3.2. Cassese (Stephen) – pode ser	200
3.3. Apreciação	201
4. Se é crime em conflito internacional também o é em conflito interno	206
4.1. <i>Tadić</i> – Crimes de guerra em conflitos internos	206
4.1.1. Normas do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia	206
4.1.2. Introdução	207
4.1.3. Decisão – há responsabilidade criminal por violações sérias do direito internacional humanitário em conflitos internos	208
4.1.4. Apreciação	212
4.1.4.1. A decisão não espelha o direito existente ao tempo dos factos	213
4.1.4.2. A decisão espelha o direito no momento dos factos. Nuremberga	216
4.1.4.3. Interpretação dos estatutos	220
4.1.4.4. As violações graves das Convenções de Genebra e as violações sérias de direito internacional humanitário	222
4.1.4.5. Muitas condutas concretas também seriam crimes contra a humanidade	227
4.2. <i>Hadžihasanović</i> – responsabilidade de comando em conflitos internos	230
4.3. <i>Karemera</i> – empresa criminal conjunta em conflitos internos	232
4.4. Conclusões	233
4.4.1. A crítica, mais ou menos consciente ou explícita, à fusão	233
4.4.2. Nuremberga, Nuremberga, Nuremberga	234
5. O costume	239
5.1. <i>Norman</i>	239
5.1.1. Disposições relevantes	239
5.1.2. Decisão do tribunal – recrutamento de crianças é crime	240
5.1.3. Robertson – alistamento não é crime	241
5.1.4. Considerações	242
5.1.4.1. Introdução e conclusão – um caso de solução muito difícil	242
5.1.4.2. Previsibilidade em direito penal internacional	246
5.1.4.3. Acessibilidade em direito penal internacional	247
5.1.4.4. Observações	249
5.2. Compare-se com <i>Galić</i>	250

5.2.1. O tribunal – atos ou ameaças de terror era um crime no momento dos factos	250
5.2.2. Schomburg – não era.....	251
5.2.3. Apontamentos de Meron e Shahabuddeen	252
5.2.4. Apreciação	253
6. Os princípios gerais de direito.....	256
6.1. <i>Furundžija</i>	256
6.1.1. Decisão – sexo oral é violação	256
6.1.2. Apreciação	258
6.1.2.1. A possibilidade de inventar nomes para atos criminosos	258
6.1.2.2. A permissão de recaraterização, em geral, no direito internacional	260
6.1.2.3. Conclusão	260
6.2. <i>Vujin</i>	262
6.2.1. Decisão – desrespeito ao tribunal é crime	262
6.2.2. Apreciação	263
6.3. Considerações	265
6.3.1. Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça	265
6.3.2. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.....	266
6.3.3. Convenção Europeia dos Direitos do Homem	267
6.3.4. Os princípios enquanto fontes de direito penal internacional.....	268
7. Teses que sustentam uma violação do <i>nullum crimen</i> pelos tribunais penais internacionais modernos	269
7.1. Tese de que o princípio é violado frequentemente mas não faz mal pois os arguidos já estavam de sobreaviso.....	269
7.1.1. Ilegalidade e criminalidade e pouca deferência para com as intenções dos estados.....	270
7.1.2. Imoralidade e criminalidade	270
7.1.3. As inovações introduzidas poderiam ter sido razoavelmente previstas?	272
7.1.4. Crítica.....	274
7.2. Tese de que se tem de reconsiderar a forma como se pensa.....	277
7.2.1. O que se pensa e o como se pensa.....	277
7.2.2. Crítica.....	281
7.2.2.1. Um entendimento menos correto do <i>nullum crimen</i>	281
7.2.2.2. Empresa criminal conjunta	282
7.2.2.3. Responsabilidade do superior.....	294
7.2.2.4. Desconfiança relativamente à interpretação teleológica e a normas costumeiras	295
8. Conclusão.....	297
Parte IV – O <i>nullum crimen nulla poena</i> em guerra à luz de decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	301
1. O princípio da legalidade no âmbito da convenção.....	301
2. O <i>nullum crimen</i>	301
2.1. <i>Kononov</i>	301

2.1.1. Contexto.....	301
2.1.2. Decisão.....	302
2.1.2.1 O artigo 7 na jurisprudência do tribunal.....	302
2.1.2.2. O <i>status</i> dos aldeões.....	303
2.1.2.3. Execução sumária, <i>hors combat</i> e o artigo 23 (c) dos Regulamentos de Haia.....	303
2.1.2.4. Ferimentos e morte traiçoeiros e o artigo 23 (b) dos Regulamentos de Haia.....	304
2.1.2.5. Crime de guerra em violação da proteção especial conferida às mulheres e a cláusula de Martens.....	305
2.1.2.6. Conclusão.....	305
2.1.3. Considerações.....	306
2.1.3.1. Introdução.....	306
2.1.3.2. A tensão no direito da guerra.....	307
2.1.3.3. O direito da guerra e o direito dos direitos humanos.....	309
2.1.3.4. O direito dos crimes de guerra.....	310
2.1.3.5. As questões a que o tribunal teria que responder ao perspetivar o caso como um ataque de guerra.....	311
2.1.3.6. Objetivos militares legítimos e status dos aldeões.....	313
2.1.3.6.1. Introdução.....	313
2.1.3.6.2. Combatentes.....	314
2.1.3.6.2.1. Não são combatentes legítimos.....	314
2.1.3.6.2.2. Inexistência de dever de captura mas proibição de execução sumária uma vez capturados.....	316
2.1.3.6.2.3. O ataque e a violação do princípio da distinção por todos.....	318
2.1.3.6.2.3.1. Astúcias de guerra <i>partisan</i> como não ilegítimas à luz do <i>jus in bello</i>	318
2.1.3.6.2.3.2. Métodos traiçoeiros.....	320
2.1.3.6.3. Civis que participa(ra)m nas hostilidades.....	325
2.1.3.6.3.1. Na Segunda Guerra.....	325
2.1.3.6.3.2. Hoje.....	326
2.1.3.6.3.3. A conduta ‘traiçoeira’ dos aldeões.....	327
2.1.3.6.3.4. Proteção às mulheres e civis como danos colaterais.....	329
2.1.3.6.4. Conclusão.....	332
2.1.3.7. <i>Hors de combat</i> e materiais que causem sofrimento desnecessário.....	333
2.1.3.8. A traição dos aldeões e a sua punição.....	337
2.1.3.8.1. Os letões enquanto soviéticos.....	337
2.1.3.8.2. Punição solidária.....	340
2.1.3.8.3. Conclusão.....	342
2.1.3.9. A questão das represálias.....	343
2.1.3.9.1. Introdução.....	343
2.1.3.9.2. As represálias à época do caso <i>Hostages</i>	344

2.1.3.9.2.1. A admissibilidade de represálias	344
2.1.3.9.2.2. Criticismo a <i>Hostages</i> por Lord Wright	347
2.1.3.9.2.3. Apreciação.....	348
2.1.3.9.3. Evolução.....	351
2.1.3.9.4. Conclusão	353
2.1.3.10. Ordens superiores	356
2.1.3.10.1. A dúvida sobre a (i)legalidade da ordem.....	356
2.1.3.10.2. A defesa de ordens superiores	358
2.1.3.10.3. O dilema dos soldados e a doutrina saída de Nuremberga	362
2.1.3.10.4. Ordens superiores e represálias	363
2.1.3.10.5. Atividades profissionais, previsibilidade, assessoria jurídica e ilegalidade manifesta dos <i>crimina juris gentium</i>	365
2.1.3.10.6. Evolução.....	367
2.1.3.10.7. Conclusão	368
2.1.4. Observações finais em relação ao caso concreto.....	369
2.2. Observações quanto ao princípio da legalidade aplicado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	370
3. <i>Nulla poena</i>	372
3.1. <i>Maktouf</i>	372
3.1.1. Contexto	372
3.1.2. Decisão – há violação do princípio da legalidade	372
3.1.3. Opinião concordante de Ziemele (Kalaydjieva).....	373
3.1.4. Opinião Concordante de Albuquerque (junto Vučinić).....	373
3.1.5. Apreciação	374
3.1.5.1. Considerações preliminares.....	374
3.1.5.2. A previsibilidade da pena	375
3.1.5.3. Aplicação de direito internacional na ordem nacional	376
3.1.5.3.1. A transformação e a incorporação.....	376
3.1.5.3.2. Os crimes de direito internacional no direito interno	377
3.1.5.3.3. O <i>nullum crimen nulla poena</i> nacional não pode ser obstáculo ao dever de persecução.....	379
3.1.5.3.4. As vantagens do direito não escrito.....	383
3.1.5.3.5. Direta aplicação dos <i>crimina juris gentium</i>	384
3.1.5.3.5.1. Aplicação nacionalizada do direito internacional e nacionalização das regras.....	384
3.1.5.3.5.2. Um exemplo ao contrário – <i>Jorgić</i>	387
3.1.5.3.5.2.1. Decisão – a intenção de destruir um grupo enquanto unidade social também é genocídio	387
3.1.5.3.5.2.2. Apreciação.....	387
3.1.5.3.5.4. <i>Nulla poena, lex gravior e lex mitior</i>	388

3.2. O conteúdo do <i>nulla poena</i>	390
3.2.1. O <i>nulla poena</i> e a justiça e igualdade de tratamento na punição.....	390
3.2.1.1. A prática dos estados.....	390
3.2.1.2. Crítica.....	392
3.2.2. O <i>nulla poena</i> não se aplica	395
3.2.3. O <i>nulla poena</i> existe – uma primeira resposta à teoria anterior	396
3.2.3.1. Existe mas escondido	396
3.2.3.2. Uma segunda resposta.....	397
3.2.3.3. Algumas concretizações.....	397
Parte V – O conteúdo do <i>nullum crimen</i> e a possibilidade de ele ter que ceder	403
1. O que ele exige	403
1.1. O princípio exige que o ato seja previsivelmente criminal	403
1.1.1. A razoável probabilidade de que o ato fosse considerado criminal	403
1.1.2. Crítica.....	404
1.2. Desde que os atos alegados comportem a criminalidade fundamental do crime acusado, não é necessário mostrar que, no momento dos atos, estes exibissem todos os detalhes do crime	406
1.2.1. O apoio em <i>C.R.</i>	406
1.2.2. A tese	408
1.2.3. Crítica.....	409
1.3. A interpretação deve ser conservadora	411
1.3.1. Normas claras interpretadas por métodos claros	411
1.3.2. Depois de Nuremberga.....	414
1.4. Percebe-se melhor o <i>nullum crimen</i> pela análise da substância do assunto e não pela teoria da coisa – de novo <i>Hadžihasanović</i>	416
1.4.1. Introdução	416
1.4.2. Disposições relevantes	416
1.4.3. A decisão – não há responsabilidade de comando em relação a crimes cometidos por um subordinado antes da assunção do comando sobre esse subordinado	417
1.4.4. Hunt – há.....	418
1.4.5. Shahabuddeen – há	420
1.4.6. Apreciação	421
1.4.6.1. Responsabilidade por comando.....	421
1.4.6.1.1. Introdução	421
1.4.6.1.2. Justificação para a existência de tal doutrina no direito internacional	423
1.4.6.1.3. Falta de punição é uma falta de prevenção.....	429
1.4.6.1.3.1. Jurisdição e caracterização	430
1.4.6.1.3.2. O crime de falta de punição que não tenha dado causa a novos crimes sem suporte nas fontes.....	435
1.4.6.1.3.2.1. Os artigos 86 e 87 do Protocolo Adicional I	435

1.4.6.1.3.2.2. Jurisprudência e legislação nacional.....	435
1.4.6.1.3.2.3. Conclusão	438
1.4.6.2. Previsibilidade e culpabilidade.....	438
1.4.6.3. O princípio já existente à data dos factos	440
1.4.7. Últimas reflexões	443
1.5. Tese da interpretação cautelosa mas que mobiliza várias fontes.....	445
2. Desnecessidade de ele ter que ceder, jus cogens e Conselho de Segurança	449
2.1. O princípio aplica-se em circunstâncias normais, com exceções em períodos extraordinários ou de transição	449
2.1.1. O mal não é totalmente previsível em antecedência.....	449
2.1.2. Crítica.....	450
2.1.2.1. Plano internacional	450
2.1.2.2. Plano doméstico	451
2.2. O <i>nullum crimen, nulla poena</i> como norma de jus cogens e o Conselho de Segurança	453
2.2.1. A possibilidade de ele ser jus cogens	453
2.2.2. A possibilidade de a cláusula ser <i>jus cogens</i>	454
2.2.3. <i>Jus Cogens</i>	455
2.2.4. <i>Jus cogens</i> e o Conselho de Segurança	458
2.2.4.1. É pacífico que as decisões do Conselho de Segurança não podem violar ou ir contra o <i>jus cogens</i>	458
2.2.4.2. Mas a carta organiza as relações internacionais com base num ‘sistema internacional’	459
2.2.4.3. A hierarquia resultante do artigo 103	460
2.2.4.4. O problema das ‘regras conflituantes’	462
2.2.4.5. De qualquer forma há limites	464
2.2.4.6. Uma decisão do Conselho de Segurança prevalece ou tem prioridade sobre <i>jus cogens</i>	464
2.2.4.7. A ordem constitucional internacional.....	466
2.2.4.8. A manutenção da paz e segurança internacionais como consideração primordial	468
Conclusões e comentários finais.....	470
Bibliografia	473
Documentos	491
Jurisprudência.....	495

Abreviaturas

AG – Assembleia Geral das Nações Unidas

Carta – Carta do Tribunal Militar Internacional

Carta de Tóquio – Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente

Carta ONU – Carta das Nações Unidas

CCGONU – Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas

CC10 – Lei de Conselho de Controlo n.º 10

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989

CDI – Comissão de Direito Internacional

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CICV – Comité Internacional da Cruz Vermelha

CG 1929 – Convenção de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra

CG 1949 – Convenções de Genebra de 1949

CG IV – Convenção de Genebra IV

CH 1907 – Convenção de Haia IV de 1907

Comissão – Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e sobre a Aplicação de Sanções

CS – Conselho de Segurança

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Estatuto – Estatuto do Tribunal Penal para a Antiga Jugoslávia

ETPI – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

ETPIAJ – Estatuto do Tribunal Penal para a Antiga Jugoslávia

ETPIR – Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

ETPJI – Estatuto do Tribunal Permanente de Justiça Internacional

EUA – Estados Unidos da América

ONGs – Organizações não-governamentais

OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte

PA-I – Protocolo Adicional I

PA-II – Protocolo Adicional II

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

RDA – República Democrática Alemã

Relatório da Comissão – Relatório da Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e sobre a Aplicação de Sanções

RH – Regulamentos de Haia

RU – Reino Unido

SG – Secretário-Geral da ONU

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TEL – Tribunal Especial para o Líbano

TEJ – Tribunal Europeu de Justiça

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TMNs – Tribunais Militares de Nuremberga

TPIUE – Tribunal de Primeira Instância da União Europeia

TPJI – Tribunal Permanente de Justiça Internacional

TMI – Tribunal Militar Internacional

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPIAJ – Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia

TPIR – Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

TPIs – Tribunais penais internacionais

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

Introdução

O que começou por ser uma tentativa de análise abrangente do que é o *nullum crimen, nulla poena sine lege* no plano internacional transformou-se num olhar mais específico sobre a relação entre os tribunais de guerra e o princípio da legalidade. Para tanto contribuiu um preâmbulo de um tratado destinado a regradar, de alguma forma, o combate com armas.

Se, meio século depois da sua adoção, se pôde, pela primeira vez, ter um vislumbre das potencialidades do seu uso no plano da interpretação do direito internacional, já 100 anos depois de os Estados a terem inserido no preâmbulo das primeiras convenções de guerra se tornou claro que muito ela ainda tem para oferecer. Por isso a cláusula de Martens assume posição fundacional na abordagem ao *nullum crimen* no plano internacional e constitui o objeto de análise da primeira Parte da tese.

Com Nuremberga e sua afirmação de que o *nullum crimen* não é uma limitação à soberania tomou lugar a ideia de que os julgamentos pós Segunda Guerra envolveram uma aplicação *ex post facto* de direito. A análise desta assunção disseminada constitui a segunda Parte. O caminho que se percorrerá explora uma outra possibilidade, ao mesmo tempo que se descobre o processo de interpretação de direito utilizado pelos primeiros tribunais de guerra e se identificam as fontes de direito internacional utilizadas para tal. A relação do princípio com os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade é escrutinada em separado.

Na terceira Parte a guerra, a sua capacidade para fazer sobressair heróis e aqueles que não o são (*Erdemović*), a sua natureza internacional ou civil (*Tadić*) e sua aptidão para continuar a testar os limites do princípio da legalidade (*Norman, Furundžija e Vujin*) que tanto caracterizou Nuremberga, são agora perspetivadas pelas lentes dos novos tribunais do conflito armado. A análise destes casos e sua ‘colisão’ com princípio da legalidade é levada a cabo individualmente, seguindo de muito perto os arrazoados dos juízes, com o objectivo de ilustrar *aquela* relação. As críticas ainda não esfumadas de há meio século voltam a ganhar lugar de destaque, o *nullum crimen* outra vez violado, mas não faz mal, e a necessidade de se repensar o como se pensa.

Com o desenvolvimento poderoso do direito dos direitos humanos no pós Segunda Guerra, também os tribunais que os tutelam tomaram pulso à guerra em confronto com os direitos que lhes cabe salvaguardar. A viagem cronológica leva à análise de duas recentes decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Na

primeira, atacam-se os dilemas dos soldados, de um deles, *Kononov*, as operações no campo de batalha e as perplexidades que aqui se geram. A quarta Parte sobrepõe a fricção entre o novo direito dos direitos humanos e as crueldades do conflito armado. Na segunda, *Maktouf*, as ideias de que o *nulla poena* não existe no direito internacional e de que os crimes internacionais devem ser transformados em legislação nacional são impugnadas.

Na última Parte, às reflexões sobre o conteúdo do *nullum crimen*, junta-se, por um lado, um olhar sobre os comandantes e a natureza do seu controlo sobre as máquinas de guerra a quem eles dão ordens que supostamente devem ser obedecidas e, por outro, dois passeios, um sobre a possibilidade de o princípio ter de ceder algumas vezes e outro sobre a problematização possível entre o *status* hodierno do *nullum crimen* como *norma de jus cogens* e os poderes do órgão crucial para manter a paz.

Parte I – A cláusula de Martens

1. O original em 1899 e 1907¹

“En attendant qu’un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l’empire des principes du droit des gens, tels qu’ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l’humanité et des exigences de la conscience publique”.

“Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity, and the requirements of the public conscience”².

2. O preâmbulo da Convenção de Haia II de 1899 (e âmbito vasto dos seus regulamentos anexos)³

As partes contratantes reconheceram que, do mesmo passo que se procuram meios para salvaguardar a paz e prevenir conflitos armados entre as nações, também seria importante a preocupação com o caso em que um apelo às armas não fosse evitável (para. 1), declarando desejar servir, *mesmo nesta hipótese extrema*, os interesses da humanidade e as necessidades em constante progresso da civilização (para. 2).

¹ Por vezes aponta-se para certas modificações na cláusula e no preâmbulo onde ela se insere resultantes da Convenção de 1907 (CONVENTION (IV) CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE ET SON ANNEXE: REGLEMENT CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE, La Haye, 18 octobre 1907 (CH 1907)). Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF *Crimes against Humanity, Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press 2014, p. 87; SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause”, *Journal of Conflict and Security Law*, n.º 17 (3), 2012, p. 2. Contudo, as mudanças só tiveram lugar na tradução para inglês. O original em francês manteve-se inalterado. Cf., com, e sobre as, traduções para inglês, HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences, and other International Conferences Concerning the Laws and Usages of War*, Cambridge University Press, 2014 (re-impressão do original de 1909), pp. v a vii e 207 a 211.

² A tradução inglesa que adquiriu curso corrente.

³ CONVENTION (II) CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE ET SON ANNEXE: REGLEMENT CONCERNANT LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE SUR TERRE, La Haye, 29 de Junho 1899 (CH 1899).

Com este fito, consideraram necessário *rever* as leis gerais e os costumes de guerra, tanto para os *definir com mais precisão* como para fixar certos limites destinados a restringir, *tanto quanto possível*, a sua severidade (para. 3).

Adotaram então disposições que se destinavam a definir e governar os usos de guerra em terra e a desempenhar o papel de regras de conduta para os beligerantes nas relações entre si e *entre eles e as populações*, e cuja redação foi inspirada pelo desejo de diminuir os males da guerra *tanto quanto as exigências militares o permitissem* (paras. 5 e 6).

Considerando não ter sido até então possível o acordo sobre todas as circunstâncias que poderiam surgir na prática (para. 7), alertaram para que *não poderia ter sido intenção das Altas Partes Contratantes que os casos não previstos*, por falta de estipulação escrita, *devessem ser deixados ao critério arbitrário daqueles que dirigem os exércitos* (para. 8).

No parágrafo seguinte inseriram a cláusula, afirmando 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*”⁴.

No último parágrafo, declararam que é em tal sentido que, *em especial*, deveriam ser entendidos os artigos 1 e 2 dos regulamentos adotados⁵.

3. Os artigos 1 e 2 dos regulamentos anexos

Capítulo I Da qualificação dos beligerantes

Artigo 1. As leis, direitos e deveres de guerra não se aplicam apenas aos exércitos, mas também às milícias e corpos voluntários que cumpram as seguintes condições:

⁴ Itálicos adicionados.

⁵ O que – é já de realçar – não exclui, à partida, todos os outros, destinados no seu conjunto a cobrir todo o espectro da guerra em terra: os participantes (e sua condição após captura), a condução das hostilidades, a ocupação. Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, Brill Academic Pub, 2ª edição, 2005 (reimpressão de original de 1971), p. 85, acrescentando que a única exceção seria o regime concernente aos doentes e feridos dos exércitos em campo que já tinha sido objeto de uma convenção especial (CONVENTION DE GENÈVE DU 22 AOÛT 1864 POUR L'AMÉLIORATION DU SORT DES MILITAIRES BLESSÉS DANS LES ARMÉES EN CAMPAGNE, Genève, 22 de Agosto 1864). Sobre esta Convenção HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, pp. 12 e 13 (cf., também, sobre uma posterior convenção em 1906 que desenvolve a de 1864, HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, pp. 35 a 38).

1. Serem comandados por uma pessoa responsável pelos seus subordinados;
2. Trazerem um emblema distintivo fixo e reconhecível à distância;
3. Portarem armas à vista; e
4. Conduzirem as suas operações de acordo com as leis e costumes da guerra.

Nos países em que os corpos voluntários ou as milícias constituam o exército, ou façam parte dele, são incluídos sob a denominação “exército”.

Artigo. 2. A população de um território não ocupado que, à aproximação do inimigo, pegue espontaneamente em armas, para combater as tropas de invasão, sem ter tido tempo de se organizar de acordo com o número 1, será considerada como beligerante, se respeitar as leis e costumes da guerra.

4. O *status* da cláusula em direito internacional

4. 1. *Opinio iuris* de que existem princípios do direito das gentes que resultam dos usos estabelecidos entre os povos civilizados, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública

A ideia que decorre com clareza da leitura da cláusula é a de que os estados consideram que *existem* princípios do direito das gentes que protegem as populações e os beligerantes e que resultam daqueles usos, leis e exigências. Ao tempo da celebração das convenções, as partes *constatarem*⁶ que aqueles *permanecem* sob a proteção e o império de tais princípios.

O que é de sublinhar é que se se quiser presumir ou defender que *tais princípios*, resultantes de *tais sítios*, não existiam há que explicar muito bem tal sugestão tão contrária aos termos da ‘constatação’.

Os estados constataram que esta proteção decorria não do tratado, mas do *direito das gentes*⁷. Eles expressaram, através de uma declaração no preâmbulo de um tratado, *a sua opinião de direito* relativamente à existência de princípios de direito internacional que *vinculam todos* e não só as partes contratantes⁸. Repara-se facilmente que os estados, que não estão a expressar a opinião de que *tais princípios* deveriam existir mas sim de que *existem*, expõem, desta forma, a sua convicção *jurídica* sobre uma questão de *direito*. Não podia esta declaração ser mais reveladora de *opinio iuris*. Os estados reconhecem que há uma obrigação jurídica de respeito por certos princípios. Tanto a

⁶ A tradução inglesa em lugar do verbo francês ‘constater’ usa o inglês ‘declare’.

⁷ “O direito das nações, agora conhecido como direito internacional (público), desenvolveu-se em resultado da tradição do *ius gentium* do alto medievo. Através de uma série de escritores influentes – Vitória, Gentili, Grotius, Pufendorf, Wolff, Vattel e outros – passou a ser visto como um corpo especializado de pensamento jurídico sobre as relações entre governantes, reflexo do costume e prática em assuntos tais como a feitura de tratados, o estatuto dos embaixadores, o uso dos oceanos e as modalidades de guerra”. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8.^a edição, 2012, pp. 3 e 4.

⁸ Anote-se que o artigo 2 da Convenção se refere, não à cláusula, mas às disposições dos regulamentos em anexo: “As disposições contidas nos regulamentos referidos no artigo 1 só são obrigatórias para os Poderes Contratantes em caso de guerra entre dois ou mais de entre eles. Estas disposições deixam de ser obrigatórias a partir do momento em que, numa guerra entre os Poderes Contratantes, um Poder não-Contratante se juntar a um dos beligerantes” (artigo 2).

‘constatação’ como a ‘permanência’ apontam para algo pré-existente que é, pela ‘primeira vez’, aqui constatado, expressado, declarado por escrito, enfim, se se quiser, ‘juridicamente positivado’ num preâmbulo de um tratado.

O que parece poder levar ao acerto da afirmação de que a cláusula declarou o que já antes era estabelecido como direito internacional⁹. Assim, a proteção jurídica em causa, pelo menos relativamente a civis, *pré-datária* a codificação da cláusula e os seus *standards* poderiam já antes ter o *status* de direito costumeiro¹⁰.

É certamente também esta ideia que se quer explicar quando se avança que há que reconhecer a distinção entre usos e direito mas, como resulta da palavra ‘permanecer’, tais princípios, que resultavam daquelas (outras) fontes, e que forneciam proteção aos habitantes e beligerantes, caso ela não existisse à luz do texto convencional, *já existiam* e portanto “a referência aos princípios do direito das gentes, derivados das fontes mencionadas, era descritiva do carácter de princípios existentes do direito das nações e não apenas uma condição do futuro surgimento de tais princípios”¹¹.

Não se examinará o acerto em causa para já pois, para o propósito presente, é suficiente afirmar que a declaração da existência de tais princípios pela comunidade internacional da altura como um todo implica o seu carácter costumeiro.

De qualquer forma, não se resiste a de imediato mencionar uma “muito importante” *ordinance* de 1643¹².

Nela se sublinhavam os direitos da população e, além de se reafirmar em linguagem categórica as proibições de violação, destruição, pilhagem e a obrigação de pagar pelo seu valor a comida requisitada, incluía-se ainda uma proibição do homicídio em tempo de guerra “tão iluminada como do melhor se pode encontrar nos julgamentos de Nuremberga”, em que se afirmava que o homicídio *não é menos* ilegal e intolerável em tempo de guerra do que em tempo de paz e é punido com a morte¹³.

Em especial, a “eloquente” disposição com que a *ordinance* terminava – e que estabelecia não só o costume mas também a lei da natureza e o óbvio como fontes residuais,

⁹ SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law and Their Application from at Least the Nineteenth Century”, *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 1, 2007, p. 172.

¹⁰ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting Competing”, p. 13. Questão seria ainda se essa proteção já se estendia também a beligerantes.

¹¹ ICJ, Advisory Opinion, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 406 (*Nuclear Weapons Shahabuddeen*).

¹² *Articles and Ordinances of War for the present Expedition of the Army of the Kingdom of Scotland, by the Committee of Estates [and] the Lord General of the Army* mencionados em MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, Oxford University Press, 1993, pp. 152 e 153.

¹³ MERON, THEODOR, “On Custom and the Antecedents of the Martens Clause in Medieval and Renaissance Ordinances of War”, *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht: Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Ulrich Beyerlin et al. (eds.), 1995, pp. 173–177.

reforçando assim o princípio da humanidade que seria inerente à lei da natureza¹⁴ e sublinhando a desnecessidade de que tudo esteja escrito – serve de pano de fundo a muito do que vai dito no decorrer deste trabalho.

“Matters, that are clear by the light and law of nature, are presupposed; things unnecessary are passed over in silence; and other things may be judged by the common customs and constitutions of war; or may upon new emergents, be expressed afterward”.

4.2. Além de *opinio iuris* é prática estatal

Ao não se seguir a sugestão de que só poderiam constituir prática estatal atos físicos e não atos verbais (escritos ou orais)¹⁵, não se descortina obstáculo em considerar as declarações como uma forma de prática estatal que por vezes, principalmente se claras e não equivocadas, podem não ter pouco peso ou até aparecer como determinantes¹⁶.

É relativamente pacífico, mais hoje que ontem, que manuais militares, legislação nacional¹⁷, jurisprudência nacional, instruções às forças armadas e de segurança, comunicados militares durante a guerra, protestos diplomáticos, pareceres de consultores jurídicos oficiais, comentários pelos governos sobre projetos de tratados, decisões e regulamentos executivos, alegações perante tribunais internacionais, declarações em organizações internacionais e em conferências internacionais, posições governamentais tomadas em relação a resoluções de organizações internacionais e ainda, por exemplo, comportamento em campo de batalha, utilização de determinadas armas e tratamento fornecido a diferentes categorias de pessoas¹⁸ –

¹⁴ Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 152. O autor não se refere ao 'óbvio', mas repare-se na separação que existe na disposição, que se reproduz em seguida no texto, entre a parte dos 'assuntos que são claros pela luz e lei da natureza' e a parte das 'coisas desnecessárias que passam em silêncio'.

¹⁵ Opinião hoje largamente aceite. Cf., por exemplo, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Vol. I: Rules, Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds.), Cambridge University Press, p. xxxviii.

¹⁶ Assim, FINAL REPORT OF THE COMMITTEE, STATEMENT OF PRINCIPLES APPLICABLE TO THE FORMATION OF GENERAL CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW, *International Law Association, London Conference*, 2000, pp. 40 a 42.

¹⁷ Relativamente a esta também se poderia questionar se seria necessário que os estados a justificassem por referência ao direito internacional para a usar para a construção do direito costumeiro. Hoje é cada vez mais dada pouca importância à necessidade de declaração desta *opinio iuris*, pelo menos quando a prática é disseminada. Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 300.

¹⁸ Estes exemplos em CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, vol. I, p. xxxviii.

assim como atos de negação e ocultação de condutas proibidas pela lei¹⁹ –, constituem prática estatal relevante. E ainda posições tomadas em tratados²⁰. Ainda que não ratificados²¹.

Mesmo a jurisprudência internacional é por vezes tratada como prática estatal pois, como a autoridade dos tribunais para resolver disputas internacionais entre estados deriva do acordo dos estados envolvidos, as decisões de tais tribunais podem ser vistas, indiretamente, como manifestações da prática dos estados, os quais concordaram em lhes conferir autoridade e mandato para aplicar direito internacional, incluindo direito costumeiro²².

O Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) já declarou, por um lado, que o seu papel é o de verificar a existência de normas de direito internacional consuetudinário, e não o de as criar²³. Por outro lado que, ao afirmar e aplicar o direito, tem, necessariamente, de especificar o seu alcance e, por vezes, anotar a sua tendência geral²⁴, o que poderia levar à conclusão de que as decisões judiciais podem também ter um efeito formativo sobre o costume através da cristalização de regras emergentes, influenciando assim o comportamento estatal²⁵.

Melhor é mesmo acentuar o possível efeito da jurisprudência internacional na formação do costume através da prática estatal que ela origina – e que pode resultar de declarações dos estados que expressamente a endossa ou a recusa, ou de aquiescência em relação a ela, ou mesmo da não oposição instantânea em algum momento em que fosse de esperar o inverso – do que explorar um caminho que confunde o legislador com o julgador.

Reconhecendo-se que a contínua validade de considerar as decisões judiciais como fonte subsidiária de direito internacional é cada vez mais questionada²⁶ e que é certamente verdade que, na prática, os tribunais estão a dar mais peso a decisões judiciais do que o que é

¹⁹ Assim, D'AMATO, ANTHONY, "Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd", *21 Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1988, pp. 466 a 468.

²⁰ Cf., a este propósito, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law in Times of Fundamental Change Recognizing Grotian Moments*, Cambridge, 2013, pp. 42 a 44. O valor específico dos tratados enquanto demonstração de direito costumeiro depende, de forma mais importante, entre outros fatores, de prática semelhante por parte de estados não parte, do número de partes e da existência de reservas. Neste sentido, HERIK, LARISSA, "Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity", *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, p. 103. Cf., também, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 31.

²¹ Cf., também, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 32.

²² Assim, TREVES, TULLIO, "Customary International Law", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012, para. 53.

²³ ICJ, Merits Judgment, *Fisheries Jurisdiction Case* (United Kingdom ff Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), 25 de Julho de 1974, para. 53.

²⁴ ICJ, Advisory Opinion, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, para. 18 (*Nuclear Weapons*).

²⁵ Assim, ROBERTS, ANTHEA, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", *95 The American Journal of International Law*, 2001, p. 775.

²⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality, passim*, em especial, por exemplo, p. 10, que considera já não exato descrevê-las como fontes subsidiárias de direito internacional, sendo prática constitutiva de direito costumeiro, embora não prática de estados específicos. Cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 126. Cf., também, BANTEKAS, ILIAS, "Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law", *International Criminal Law Review*, 2006, p. 129, acrescentando a elevação a fonte primária das opiniões de juristas. Cf., ainda, sobre discussão que levou à consagração da natureza subsidiária das decisões judiciais no Estatuto de Tribunal Permanente de Justiça (ETPJ), em 1920, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War, The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2014, pp. 22 e 25.

sugerido pelo texto do artigo 38 do ETIJ²⁷, o que é de realçar é que os estados têm a última palavra relativamente a se um “ato judicial criativo” se torna lei através duma sua aceitação ou rejeição²⁸.

A jurisprudência está repleta de exemplos de atos verbais a serem tratados como exemplos de prática estatal²⁹. Alguns nada recentes³⁰. Em particular, o protesto diplomático, ou a sua ausência, é universalmente visto como importante para determinar se uma regra costumeira foi criada, fortalecida, mudada ou substituída, incluindo-se assim na prática estatal a inação ou o silêncio, especialmente, mas não só, e tendo em conta que o silêncio tanto pode denotar acordo tácito como simples falta de interesse no assunto³¹, quando o tal protesto fosse esperado³².

E basta parar para pensar para perceber que a ideia de que umas declarações num preâmbulo não poderiam constituir prática estatal, em razão de não serem vinculativas, não tem cabimento. Nenhuma forma de prática estatal é em si mesma vinculativa³³.

Em casos como o que está em análise, pelo menos, não parece adequada a afirmação de que a *opinio juris* é difícil de identificar ou provar em relação a um qualquer exemplo de prática estatal³⁴. Nem se tem de, neste contexto, examinar a ideia de que ela é mais normalmente inferida a partir da consistência e da generalidade da prática em si³⁵.

²⁷ Neste sentido, MERON, THEODOR, *The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench*, Oxford University Press, 2011, p. 31.

²⁸ Assim, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 315.

²⁹ Exemplos em SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 34, n. 22.

³⁰ Cf., em especial, *Affaire du “Lotus”*, Arrêt de la Cour Permanente de Justice, Le 7 septembre 1927, in *Récueil des Arrêts*, Série A – N.º 70, Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale (*Lotus*), pp. 23 e 26 a 30. Em *Paquette Habana*, 175 U.S., 1900, p. 677, o tribunal considerou que navios de pesca estavam isentos de ser capturados como prémios de guerra à luz de uma regra de direito costumeiro internacional tal como demonstrado por tratados, comandos e instruções de muitos estados e trabalhos de juristas e académicos. Cf., também, ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, Routledge Research in International Law, 2014, pp. 12 e 13.

³¹ Assim, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 25.

³² Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, pp. 34 e 35.

³³ VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens In International Law, A Positivist And Constitutionalist Approach*, Diss. Doct., Leuven, 2011, p. 40.

³⁴ Mas cf. ABI-SAAB, GEORGES, *Reflexions on the Contemporary Processes of Developing International Law, Ninth Gilberto Amado Memorial Lecture*, delivered at the International Law Commission on June 20, 1985, p. 18 *apud* MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 366.

³⁵ Ideia em MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 366.

Repare-se ainda que, se se aceitar a dupla relevância aqui em causa, passa a ser irrelevante aludir à sua não inserção na parte dispositiva do tratado, pois sendo direito costumeiro tem força normativa.

Que a posição que se defende só tenha ganho uso corrente mais recentemente com os modernos tribunais penais internacionais (TPIs), os quais, sem abandonar formalmente o duplo requisito (prática e *opinio juris*) para a formação de direito costumeiro internacional, têm tendido a tomar as declarações tanto como manifestações de prática quanto como articulações de *opinio juris*³⁶, não a torna inaplicável ao momento em análise.

Se o ponto de vista clássico é o de que a prática estatal é transformada em direito costumeiro pela adição de *opinio juris*, é verdade que as tendências mais atuais muitas vezes invertem o processo pois, no seguimento da expressão de uma *opinio juris*, a prática é invocada para a confirmar³⁷ e, em campos que envolvem valores fundamentais da comunidade internacional, a tendência para a aquiescência por parte de estados terceiros nas normas em desenvolvimento, e a prontidão para condenar conduta inconsistente, facilitam a reivindicação de *status* de direito costumeiro para as novas normas³⁸.

Mas todas estas tendências podem ser rastreadas à jurisprudência de Nuremberga, Nicarágua³⁹, Lotus e provavelmente mais atrás. O que poderá levar à conclusão, que se deixa para outros confirmar em maior detalhe, de que a discussão recente sobre velho e novo costume não se reporta a um fenómeno novo.

O que parece ter acontecido é que a celebração de tratados, e um primeiro aparecimento de órgãos internacionais, *quasi*-universais em que os estados expõem a sua opinião – e consequências destes fenómenos - não foram devidamente apreciados e, depois, a sua explosão no pós-Segunda Guerra e as modernas decisões judiciais a nível criminal ‘trouxeram à tona’ o que já antes era um facto: que a prática estatal compreende não só atos físicos ‘puros’ como também atos ‘verbais’.

A metodologia utilizada pelos tribunais de Nuremberga é por vezes criticada. Mas em Nuremberga já era óbvio que existia responsabilidade internacional por crimes de guerra,

³⁶ Assim, MERON, THEODOR, “The Humanization of International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 94, n.º 2, 2000, p. 243.

³⁷ Assim, ABI-SAAB, GEORGES, *Reflexions on the Contemporary*, p. 13 *apud* MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 366.

³⁸ Neste sentido, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 367.

³⁹ Neste sentido, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 367.

existiam resoluções unânimes a explicitar que a agressão era um crime e, quanto aos crimes contra a humanidade, o Tribunal Militar Internacional (TMI) quase que os deixou cair, ao passo que os tribunais que os afirmaram mais vivamente se fundamentaram no facto de que eram crimes em todos os sistemas do mundo⁴⁰.

Diferentemente, muitas questões resolvidas pelos modernos tribunais penais *ad-hoc* são, de alguma forma, mais complexas, o que também obrigou ao desenvolvimento de uma metodologia mais sofisticada, ou melhor, mais ‘cheia’, que de qualquer forma já beneficiou dos, e se alicerçou nos, precedentes de Nuremberga⁴¹. E que, em todo o caso, não se distingue assim tanto destes⁴².

Adicionalmente, ao passo que mais recentemente um suposto ‘código mais completo’ já estaria em existência, o que possivelmente exige uma justificação ainda mais cuidada de porque é que, por exemplo, construções pensadas para conflitos armados internacionais também se devem aplicar a conflitos armados internos, ali tal código era indiscutivelmente bastante incompleto, o que, *de certa forma*, facilitaria a aceitação de ‘novas’ e ‘primeiras’ soluções.

Por outro lado, em termos do que seja *uma realidade com efeitos jurídicos* seria difícil compreender porque é que uma qualquer ação estatal acompanhada de *opinio* correspondente há-de ser mais *usus* do que uma omissão acompanhada da mesma⁴³. Esta realidade não o é menos, fosse por não estar escrita, seja por não ser recortável num ‘pedaço de tempo’ em que não haja prática ativa de sentido oposto.

Tendo em consideração que é difícil encontrar prática estatal ativa no que diz respeito a regras proibitivas, pois estas são em larga medida respeitadas através da abstenção da sua violação⁴⁴, com certeza que uma prática reiterada de extermínio de vários grupos acompanhada da *opinio* de que se o pode fazer não terá um valor normativo maior do que a prática reiterada de não extermínio acompanhada da *opinio* de que não se o pode fazer.

4.3. A cláusula é direito costumeiro

Quanto à existência de uma declaração que se possa atribuir à comunidade internacional como um todo, se é verdade que, na conferência de 1899, somente as

⁴⁰ Cf. *infra* Parte II.

⁴¹ Cf. *infra* Parte III.

⁴² Cf. SCHABAS, WILLIAM, “Victor’s Justice: Selecting ‘Situations’ at the International Criminal Court”, *The John Marshall Law Review* 43, 2010, p. 535; SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”, 97 *The Georgetown Law Journal* 119, 2008, p. 133. Cf., também, SCHABAS, WILLIAM, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006, p. 63.

⁴³ Isto mesmo já era reconhecido em *Lotus*, p. 28.

⁴⁴ Assim, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 32.

delegações de 26 estados⁴⁵, 19 deles europeus⁴⁶, adotaram a cláusula, e que assim se poderia duvidar da sua então natureza costumeira, o certo é que em 1907 essas dúvidas se podem considerar dissipadas com a sua adoção por uma esmagadora quantidade de estados⁴⁷.

Ao que se conseguiu averiguar, não só os estados que, pela primeira vez em 1907, aceitaram a cláusula, não parecem lhe ter levantado qualquer obstáculo, como não parece que a discussão sobre as razões do seu surgimento em 1899 tenha tido alguma relevância em 1907. O que leva à afirmação de que aceitação da cláusula e dos princípios nela envolvidos seriam aceites como evidentes pela comunidade internacional como um todo. Não se conhece oposição, por qualquer estado não participante nas conferências de Haia, ao conteúdo da cláusula.

Já com menos deferência para com um direito tradicional de guerra largamente deferente para com a persecução de objetivos militares⁴⁸ o que, de forma limpa, fluiria da sua formulação seria que as populações e os beligerantes estariam protegidos pelos tais princípios e que os estados teriam que os respeitar. Que a natureza da cláusula, e o conteúdo exato das obrigações dela decorrente, não fossem claros é, para já, irrelevante.

Independentemente da análise do *status* de direito costumeiro de cada uma das disposições das convenções e regulamentos de Haia *per se*, a natureza costumeira do conteúdo da cláusula é assim aqui tomada como ponto de partida. Aponte-se ainda, e assumindo que a existência de direito internacional costumeiro pré-data as convenções, que não é tarefa fácil construir casos, relativamente à existência de outras normas costumeiras verdadeiramente mundiais já em vigor à altura, que se alicercem em prova muito mais sólida do que a aqui em presença. As convenções estão certamente entre os primeiros tratados quase universais em que estados dos ‘quatro cantos do globo’ se juntam e aceitam coisas em conjunto.

⁴⁵ PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007, p. 69.

⁴⁶ SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 127.

⁴⁷ Argentina, Áustria-Hungria, Bélgica, Bolívia, Brasil, Bulgária, Chile, China, Colômbia, Coreia, Cuba, Dinamarca, República Dominicana, Equador, Espanha, El Salvador, Estados Unidos da América (EUA), França, Alemanha, Grécia, Guatemala, Haiti, Honduras, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Montenegro, Países Baixos, Nicarágua, Noruega, Panamá, Paraguai, Peru, Pérsia, Portugal, Roménia, Rússia, Suécia, Suíça, Sérvia, Síão, Turquia, Grã-Bretanha, Uruguai, Venezuela.

⁴⁸ Cf., também, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 44.

O entendimento que se segue então é o de que, pelo menos, desde 1907⁴⁹ (ou se se preferir, algures não muito depois⁵⁰), a cláusula é norma de direito internacional.

Assumindo, claro está, que o direito internacional, e, em especial, o direito internacional não escrito, não desapareceu em resultado do ‘cepticismo positivista’ que lhe era dirigido⁵¹. Não há indicação nenhuma de que os estados tivessem alguma vez suportado tal anormalidade e, portanto, há que assumir que tanto aquele como este continuaram a existir.

Enfim, mesmo para os partidários de uma visão ‘muito positiva’ do direito deve ser difícil desgostar menos de algum direito costumeiro do que de um fundado na letra preta dos tratados⁵².

5. Um antecedente relevante e uma ponte entre um direito mais natural e um outro mais positivo

“Considérant que les progrès de la civilisation doivent avoir pour effet d’atténuer autant que possible les calamités de la guerre;

Que le seul but légitime que les Etats doivent se proposer, durant la guerre, est l’affaiblissement des forces militaires de l’ennemi;

Qu’à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d’hommes possible;

Que ce but serait dépassé par l’emploi d’armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou voudraient leur mort inévitable;

Que l’emploi de pareilles armes serait, dès lors, contraire aux lois de l’humanité”⁵³.

⁴⁹ Neste caso, uma ideia expressa na CH 1907 cristalizaria como regra costumeira a mesma ideia expressa na CH 1899. No sentido de um tratado cristalizar costume olhe-se para a seguinte afirmação: “*There is no doubt that this process [of codification of norms, concurrently crystallising as custom] is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed*”. Cf. ICJ, *North Sea Continental Shelf*, 20 de Fevereiro de 1969, para. 71. Os parênteses retos foram acrescentados por ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature*, p. 14, e dão a ideia da possibilidade aqui em causa, embora não corresponda exatamente à ideia que o tribunal estava a transmitir: a de uma norma originalmente de um tratado se cristalizar mais tarde numa norma costumeira.

⁵⁰ Quando a não oposição de qualquer estado ao seu conteúdo tenha tornado possível a afirmação da sua cristalização como norma costumeira.

⁵¹ Sobre a evolução do direito internacional, das suas origens de direito natural, passando pelo positivismo até aos dias de hoje cf. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie’s*, pp. 6 a 11.

⁵² A possibilidade de uma norma enunciada num tratado se tornar vinculativa para um terceiro estado enquanto norma consuetudinária de direito internacional está prevista hoje no artigo 38 (“normas de um tratado tornadas vinculativas para terceiros Estados pela formação de um costume internacional”) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de Maio de 1969 (Convenção de Viena).

⁵³ *Déclaration à l’effet d’interdire l’usage de certains projectiles en temps de guerre*, Saint Petersburg, 11 de Dezembro 1868 (sublinhados adicionados). A declaração confirmaria uma norma consuetudinária de que o uso de armas, projéteis e material de natureza a provocar sofrimento desnecessário é proibido. Neste sentido, www.icrc.org/applic/ihl/direito_internacional_humanitario.nsf/TRA/130?OpenDocument&.

Se é de anotar que a Declaração de São Petersburgo, convocada pelo Imperador Alexandre II, redigida por uma conferência internacional composta por delegados militares de cerca de 20 países, na sua maioria europeus⁵⁴, já proclamava o emprego de armas que inutilmente agravem o sofrimento de homens *hors combat*, ou que tornem a sua morte inevitável, como contrário às leis da humanidade, é também de aludir, mais em geral, à ideia de que, se anteriormente os tratados e declarações internacionais simplesmente proclamavam a importância das leis da humanidade ou considerações humanitárias – e, em consequência, os estados não tinham de cumprir nenhum *standard* jurídico rigoroso no que diz respeito às leis da humanidade, sendo apenas chamados a não desconsiderar, no âmbito de uma guerra, os princípios da humanidade, *qua* princípios morais –, com a adoção da cláusula, a questão das leis da humanidade foi pela primeira vez abordada, não como um assunto moral, mas de um ponto de vista positivista (ou, pelo menos, aparentemente positivista), declarando-se pela primeira vez a existência de princípios ou regras de direito internacional resultantes, não só de prática estatal, mas também das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública⁵⁵.

Agrupando o costume, a lei da natureza e o óbvio de *ordinances* medievais e renascentistas⁵⁶, a cláusula pode ser descrita como uma ponte entre o direito natural e o direito positivo⁵⁷ ou mesmo origem do direito dos direitos humanos em sentido positivista⁵⁸. Avança-se, de facto, que, além das regras substantivas que estabelece, um dos “dois aspetos” em que a Convenção de Haia de 1907, e o anterior direito humanitário internacional que ela reflete e codifica, é “notável” é o de que regula as obrigações dos estados para com os indivíduos e já não apenas para com os outros estados, desenvolvimento este que “antecipa o aumento da vontade do direito internacional em se preocupar com o comportamento dos estados na sua relação, até mesmo, com os seus próprios cidadãos”, sendo neste sentido “precursora do direito dos direitos humanos”⁵⁹.

⁵⁴ Aos quais se acrescentava a Pérsia. Informação sobre esta declaração em HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, p. 7.

⁵⁵ Esta ideia em CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, n.º 1, 2000, p. 188. O autor refere que tais princípios ou regras – resultantes de tais práticas, leis e ditames – são de direito *costumeiro* internacional.

⁵⁶ Assim, MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, p. 211, não se referindo ao ‘óbvio’.

⁵⁷ Assim, PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause in International Law”, *Journal of the History of International Law*, vol. 1, 1999, p. 132.

⁵⁸ Assim, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 127.

⁵⁹ ASSIM, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *93 California Law Review* 75 (2005), p. 81, n. 10.

O valor acrescentado da cláusula estaria no reconhecimento expresso de tais princípios pelos estados num tratado específico o que, combinado com o reconhecimento do seu *status* enquanto parte do direito internacional consuetudinário⁶⁰, significaria a *confissão por escrito* pelos estados-partes de que alguns princípios normativos, partilhados em geral, com “implicações jurídicas potencialmente relevantes relativamente a atrocidades”, se situam fora dos “quatro cantos dos tratados”⁶¹.

Credita-se ainda a Martens a concepção de tal mistura engenhosa de direito natural e positivismo, considerando-se ser provavelmente a combinação da sua habilidade diplomática, das suas inclinações humanitárias e da sua falta de rigor jurídico que trouxe resultado tão apropriado para a ocasião⁶².

Apesar da sua retórica “pomposa”, ecoando abstrações de direito natural, a cláusula também contém uma medida de realismo pragmático, ao reconhecer que a inexistência de um órgão legislativo a nível mundial significa que haverá inevitavelmente “uma disparidade, e um lapso de tempo, entre as práticas estatais e os princípios jurídicos”⁶³, entre os avanços na tecnologia militar e o “desenvolvimento de padrões normativos” para controlar ou proibir a utilização desses avanços⁶⁴. Em particular, “uma não coincidência entre, por um lado, as práticas estatais *de facto* e disposições de direito em tratados motivadas pelo autointeresse nacional definido politicamente e, por outro, as exigências normativas necessárias em qualquer sistema justificável e viável de direito internacional que proteja direitos humanos básicos”⁶⁵.

Com antecedentes antigos enraizados não só no direito natural mas também no cavalheirismo, articulada com linguagem forte, tanto em termos éticos como retóricos, ressonante e influente na formação e interpretação do direito da guerra e do direito internacional humanitário⁶⁶, não é de admirar a sua capacidade para perguntar se a afirmação de que o direito natural está fora de moda não é infundada e prematura⁶⁷.

Olhada de lado por positivistas, arguida na acusação e em alguns julgamentos, mas não de forma explícita no principal, pós-Segunda Guerra, meio esquecida no

⁶⁰ Assim, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 151. Salter, p.9.

⁶¹ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 14.

⁶² Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 189.

⁶³ SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 2.

⁶⁴ TICEHURST, RUPERT, “The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, n.º 317, 1997 (disponível em <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnhy.htm>).

⁶⁵ SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 2.

⁶⁶ Assim, MERON, THEODOR, “The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience”, *The American Journal of International Law*, Vol. 94, n.º 1, 2000, p. 79.

⁶⁷ No sentido de que sim, PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 135.

entretanto. Mas, reavivada por jurisprudência recente e crescente interesse acadêmico pelas suas potencialidades, pode ser descrita como um dos mistérios ainda não por completo desvendados do direito internacional, em geral, e penal, em particular. Um olhar mais mordaz poderia dizer até que ‘é no que dá’ o se positivizar o direito natural.

Se o seu legado durável⁶⁸, e a sua aspiração a uma longa vida⁶⁹, passam em larga medida inquestionados⁷⁰, já o seu verdadeiro significado é causa de um debate que não dá sinais de esmorecimento. Analisada pelo TIJ e pelas instituições de direitos humanos, reiterada em muitos tratados de direito humanitário que regulam os instrumentos e métodos de guerra, parafraseada na resolução XXIII da conferência de Teerão sobre direito humanos de 1968, citada ou referida de uma ou outra forma em vários manuais militares nacionais⁷¹, a sua *endurance* contemporânea é particularmente visível nas ‘decisões jurisprudenciais criativas’ que vai alimentando.

Se se poderia pensar que, com um maior desenvolvimento das leis da guerra, o seu campo de aplicação progressivamente diminuiria, a realidade é bem diferente. Realidade que, justamente, não podia deixar de ‘capturar’ a imaginação de quem tem de pensar sobre a fragilidade de um mundo onde guerra e atrocidades persistem.

6. Uma primeira aproximação a uma sua interpretação razoável

Tendo em conta que todas as codificações omitem alguns assuntos, especialmente os controversos, a cláusula não põe em causa o *status* de direito costumeiro de algumas matérias que não foram incluídas⁷². O que só pode ser verdade, pois nada sugere que os estados tenham querido acabar com o direito costumeiro da guerra. Tão-só o quiseram *rever*.

O propósito também não parece ter sido o de declarar que existe direito costumeiro da guerra⁷³, pois os princípios podem resultar tanto dos usos estabelecidos entre os povos civilizados, como das leis da humanidade, como ainda das exigências da

⁶⁸ MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, p. 78.

⁶⁹ PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 135.

⁷⁰ A exceção será a Rússia que arguiu em *Nuclear Weapons* a sua inaplicabilidade hodierna. Cf. PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 130.

⁷¹ Informação em MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, p. 78.

⁷² Assim, ABI-SAAB, GEORGES, “The Specificities of Humanitarian Law”, *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Christophe Swinarski (ed.), 1984, pp. 265 e 269 *apud* MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, p. 80.

⁷³ Esta parece ser a posição assumida pelos EUA e Reino Unido (RU) em *Nuclear Weapons*. Cf. CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 211.

consciência pública. Uma interpretação que reduza o significado da cláusula a uma tal declaração não está em linha com a sua redação.

Mas a ser plausível que a intenção dos redatores tenha sido dizer que o costume pode resultar de qualquer uma daquelas fontes⁷⁴, então a noção de costume em causa seria mais lata do que aquela que corresponde à ‘tradicional’ prática estatal mais *opinio iuris*.

Por outro lado, parece também se poder sugerir que os redatores, ao utilizarem a expressão ‘usos estabelecidos’, estavam mesmo a pensar no *usus* do direito costumeiro⁷⁵, que se transformaria neste pela adição da *opinio iuris* correspondente, leitura esta que se tornou menos fácil em versões posteriores da cláusula⁷⁶.

É até natural que, tal como hoje, não só as noções de costume e de princípios de direito internacional fossem vistas de formas diversas pelos diferentes delegados⁷⁷, como a relação entre ambos os conceitos estivesse longe de ser clara⁷⁸.

Uma interpretação que se poderá sugerir – em jeito de primeira tentativa que terá de resistir aos testes subsequentes e que, em caso de resistência, poderá que ter de ser refinada por eles – como acomodada ao ‘quadro jurídico-psicológico’ geral da época é a de que esses princípios surgem através dos usos (que se tornam em princípios normativos se acompanhados de *opinio iuris* estatal e que assim se identificariam com o ‘tradicional’ conceito de direito costumeiro), das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública (que se tornam em princípios normativos através da demonstração de uma *opinio iuris* menos exigente, ou mesmo inexistente, ou melhor, não declarada, que pode resultar, por exemplo, da *certeza* da proibição de determinados comportamentos que violem ou o âmagdo do conceito de humanidade ou da *evidência* da proibição de determinados comportamentos repugnantes para a consciência pública). A primeira, as tais coisas *julgadas pelos costumes comuns*, as segundas, as tais *pressupostas e que passam em silêncio*.

A ideia que se avança neste momento é a de que ‘fazia parte do imaginário jurídico’ dos envolvidos nas negociações que existem não só princípios ou normas de

⁷⁴ CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 188 e 189.

⁷⁵ SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 148, identifica estes usos com o direito costumeiro e as leis e ditames com as bases morais das obrigações humanitárias, ou seja, princípios pré-jurídicos e sentimentos de humanidade, citando para o efeito THE ATTITUDE OF STATES TOWARD THE DEVELOPMENT OF HUMANITARIAN LAW, IN THE NEW HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICT, Cassese (ed.), *Proceedings of the 1976 and 1977 conferences*, Antonio, 1980, pp. 221 e 257.

⁷⁶ Cf. *infra* Parte I, 11.1.3.

⁷⁷ A confusão entre costume e princípios é detetada também relativamente a este momento por ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature*, p. 9.

⁷⁸ Anotando a sobreposição entre as várias fontes cf. BASSIOUNI, M. CHERIF *Crimes against Humanity*, p. 465, n. 552.

direito internacional que resultam de usos e que se transformam em princípios ou regras de direito através da convicção de que há uma obrigação jurídica, mas também outros princípios que não resultam de usos, no sentido mais estrito da palavra, mas de considerações óbvias, inegáveis e básicas de humanidade (por exemplo, determinados valores aquiescidos ‘por um mais longo, ou mais curto’, processo) ou de exigências que emanam de uma consciência pública, que por sua vez resulta não de usos, no sentido de prática, mas de um ‘processo psicológico geral’, que tem, claro, que ser de alguma forma exteriorizado para ser avaliado, mas que para os negociadores não se identificaria com o conceito estrito de usos (por exemplo, o horror universal causado por determinado fenómeno poderia levar a consciência mundial a ditar ou exigir um determinado princípio)⁷⁹.

A parte da cláusula correspondente às leis da humanidade e aos ditames da consciência serviria, assim, essencialmente, ou mesmo exclusivamente, para ‘tornar jurídicos’ aqueles pontos de vista não positivados em letra preta mas que são unânimes, ou virtualmente unânimes, nos casos em que esses pontos de vista não resultassem já de *usus* mais *opinio*. De facto, até sob a interpretação mais restritiva do seu âmbito⁸⁰, ela sugere que nos casos fora do tratado, os civis e os combatentes continuam a beneficiar de *um nível de proteção básico*⁸¹.

Existiriam situações em que determinados comportamentos seriam violadores de considerações de humanidade e de consciência de ‘todas’ as pessoas e de ‘todos’ os estados⁸². Não teria sentido dizer que seriam permitidos simplesmente porque a proibição não estava positivada por escrito. A ideia seria a de que há coisas que *claro* violam a humanidade ou a consciência e que *claro* são proibidas mesmo na ausência de uma norma escrita e *mesmo* em guerra. Qual convencimento pleno, rastreável por

⁷⁹ Repare-se que esta diferente interpretação das “leis da humanidade”, por um lado, e das “exigências da consciência pública”, por outro, parece sugerir que as primeiras são mais estáveis que as segundas. Cf. *infra* Parte II, 4.5.1.5. e 4.5.1.6. Sobre as origens cristãs, greco-romanas e islâmicas que podem ser ligadas ao conceito de leis da humanidade cf. BASSIOUNI, M. CHERIF *Crimes against Humanity*, p. xxviii.

⁸⁰ SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 2.

⁸¹ DINGWALL, JOANNA, “Unlawful Confinement as a War Crime: The Jurisprudence of the Yugoslav Tribunal and the Common Core of International Humanitarian Law Applicable to Contemporary Armed Conflicts”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 9 n.º 2, 2004, p. 147. Cf., também, YIHDEGO, ZERAY, “Darfur and Humanitarian Law: The Protection of Civilians and Civilian Objects”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 14, n.º 1, 2009, pp. 41 e 43.

⁸² Sublinhando a existência de valores comuns partilhados por todas as civilizações que suportam a proposição da existência de leis da humanidade cf. BASSIOUNI, M. CHERIF *Crimes against Humanity*, pp. 96 a 111. O autor sublinha este facto especificamente em relação à regulação do conflito armado, mas certamente que os valores partilhados em comum não existem somente no âmbito da guerra.

exemplo a Grotius, de que existe *também* um ‘direito comum entre as nações *para a guerra e em guerra*’⁸³.

A cláusula estaria assim originalmente não tanto pensada para ajudar a resolver casos jurídicos duvidosos mas como fundamento jurídico positivado para casos inequívocos. No fundo, dir-se-ia que *há atrocidades ou desmandos tais que nem mesmo em cenário de guerra são permitidos*. O seu cometimento não seria deixado ao livre-arbítrio de comandantes militares⁸⁴. E conviria deixar expresso isso mesmo através da sujeição às leis da humanidade e ditames da consciência pública⁸⁵.

7. A cláusula como prevenindo uma interpretação *a contrario*

O propósito da cláusula seria evitar um indesejado argumento *a contrario* pois, sendo os Regulamentos de Haia (RH)⁸⁶ não exaustivos, as partes pretenderam evitar a interpretação de que tudo o que não fosse expressamente proibido seria permitido⁸⁷.

Que a cláusula serve como princípio de interpretação que descarta uma interpretação *a contrario*, no sentido de que se não está previsto é permitido, é correto. A redação também aqui não deixa dúvidas: ‘nos casos *não incluídos*’ as populações e os beligerantes ‘*permanecem*’.

Mas avançar-se-ia ainda que, não constituindo objetivo da cláusula estabelecer com força vinculativa para as partes como é que as regras da guerra surgiam, a sua única função seria a de preservar intactas quaisquer regras pré-existentes de guerra, qualquer que fosse o processo da sua criação⁸⁸.

Ao que se contraporía que, se aquele propósito e esta preservação fossem o verdadeiro significado e alcance da cláusula, não se poderia escapar à conclusão de que afirmaria o óbvio e seria, portanto, inútil, pois em direito internacional, tal como em qualquer outro sistema jurídico, se uma determinada matéria não é coberta por um

⁸³ Sublinhando esta ideia e a ligação entre o livro III do *Jure Belli ad Pacis* de Grotius, o Código de Liber, a cláusula de Martens e as quatro Convenções de Genebra, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, pp. 19 e 23.

⁸⁴ Arbitrariedades evidentes e graves cometidas pelos comandantes militares seriam assim consideradas como violações do direito da guerra diretamente a partir da cláusula. Por exemplo, segundo KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 208, as dúvidas relativamente à possibilidade de execução de reféns e outras pessoas inocentes não poderiam ser interpretadas como licença para essa execução “*without so much as a second of thought*”, caso em que a execução seria contrária à ideia expressa na cláusula.

⁸⁵ MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 153 assinala que o objetivo da cláusula foi o de substituir a discricção ilimitada do comandante militar pelas leis da humanidade.

⁸⁶ Salvo indicação em contrário, os RH que se referirão ao longo da tese são os de 1907.

⁸⁷ Assim, SCHWARZENBERGER, GEORG, *The Legality of Nuclear Weapons*, Stevens, 1958, pp. 10 e 11.

⁸⁸ Assim, SCHWARZENBERGER, GEORG, *The Legality of Nuclear Weapons*.

determinado conjunto de regras (por exemplo, disposições de tratados) pode, contudo, ser governada por outro distinto corpo de direito (por exemplo, costume) se as condições exigidas estiverem preenchidas, além de que não se perceberia porque é que, a ser verdadeira tal interpretação, a cláusula em vez de se limitar a referir a princípios ‘fora’ do tratado que a contém, também mencionaria, de forma inovadora, as leis da humanidade e os ditames da consciência pública⁸⁹.

A maior ou menor correção da proposição e da crítica que se lhe dirige depende de se considerar que as ‘três fontes’ em causa já estavam em existência jurídica internacional antes das convenções. Mas, mesmo que já estivessem, a sua ‘positivação escrita’ tem relevo não pouco importante.

8. Como adjuvante interpretativo e motor de uma expansão judicial do âmbito do direito internacional humanitário

8.1. Em caso de dúvida, interpretação amiga da humanidade

Seria óbvio que, em caso de dúvida, a cláusula postula que o direito internacional humanitário deve ser interpretado de forma consistente com os princípios da humanidade e os ditames da consciência pública⁹⁰. Ou, por outras palavras, a cláusula seria um adjuvante judicial de forma a resolver alguma disputa entre duas ou mais interpretações possíveis de regras jurídicas ambíguas ou imprecisas e/ou alguma situação em que haja dúvida quanto ao alcance de uma regra e sua aplicabilidade, por exemplo, a um novo contexto⁹¹. Perante duas interpretações, uma em consonância com os princípios resultantes dos usos, leis ou exigências e uma outra contra estes, seria claro que se deveria dar prioridade à primeira interpretação. Ou se uma interpretação fosse mais consonante com esses princípios do que uma outra então dar-se-lhe-ia primazia.

Parecia existir, de facto, jurisprudência considerável durante o século XX que, se interpretada de determinada forma, leva à consideração de que a cláusula funcionou como um “guia judicial com implicações reformistas na prática”, sendo “o motor de uma expansão judicial do âmbito do direito internacional humanitário com avanço sobre as normas que resultam da prática estatal”⁹². O que seria importante pois, se as práticas estatais fossem reguladas somente

⁸⁹ Esta contraposição em CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 192 e 193.

⁹⁰ Assim, MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, pp. 87 e 88.

⁹¹ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 5.

⁹² SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 7, atribuindo a segunda ideia entre aspas a Theodor Meron, à altura da afirmação antigo Presidente do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia (TPIAJ).

por normas derivadas dessas mesmas práticas, o efeito seria o de que “o *statu quo* tornar-se-ia o seu próprio critério de justificação”⁹³, concretizando-se ainda que “seria perverso endossar um princípio que assere que quanto mais difundido é um certo tipo de abuso dos direitos humanos enquanto prática estatal, tal como maus-tratos de grupos minoritários, então maior a sua legalidade”⁹⁴.

Contudo, está bom de ver que, em princípio, qualquer prática estatal, mesmo que difundida, só desaloja proibições estabelecidas se acompanhada de *opinio iuris* correspondente. Ora, se a prática é tão difundida que a maioria dos países a leva a cabo como algo permitido não há leis ou ditames que valham. Se todos os países passarem a tentar exterminar uma determinada raça com a convicção que o podem fazer porque entendem que ela é muito perigosa para a sociedade, então, em termos jurídicos, a norma perentória que também protege essa raça através da proibição do genocídio perde o seu carácter de *jus cogens* quanto a ela.

Por outro lado, avança-se que há um ponto em que a mera prática contrária atinge uma quantidade tão crítica que não se pode dizer que a norma em questão ainda seja costumeira⁹⁵. Na verdade, só se pode entender que a força normativa de qualquer tipo de regra internacional deixa de existir nestes casos.

Mesmo que a cláusula fosse entendida como nada mais do que um guia para a interpretação judicial, ela sempre autorizaria os juízes a estenderem disposições jurídicas relativas a atos ilegais de modo a abarcar circunstâncias que de outra forma cairiam fora do âmbito, por exemplo, das proteções jurídicas predominantes para os civis⁹⁶.

Sob este prisma, parece hoje pacífico: que a cláusula se estende a todas as partes do direito internacional humanitário e não só às situações de ocupação por beligerantes; que é aplicável relativamente à utilização de certos tipos de armas, à proibição de sofrimento desnecessário e a outros princípios fundamentais do direito internacional humanitário e que, assim, deve ser tida em consideração na avaliação sobre a legalidade de armas e métodos de guerra; que, *em circunstâncias apropriadas*, fornece um *argumento adicional* contra a pronúncia de um *non liquet*; que reforça uma tendência, já forte nas instituições e tribunais internacionais, para fundar a existência de direito

⁹³ SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 7.

⁹⁴ SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 7.

⁹⁵ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 404.

⁹⁶ Neste sentido, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 8. Além de que, segundo o autor, facilitaria que “juízes se engajassem ativamente em políticas ‘progressistas’ de implementação cada vez mais profunda dos direitos humanos internacionais, com a vantagem adicional de não terem nunca de abandonar expressamente a sua postura mais tradicional de neutralidade não-política”, aparecendo os altamente elásticos, e assim permissivos, ‘princípios de humanidade’ e ‘ditames da consciência’ como especialmente úteis para facilitar uma política judicial de despolitização: uma política que inclui uma forma de criação legislativa jurisprudencial disfarçada de meros atos de aplicação fiel de uma dada regra jurídica”. SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, pp. 8 e 9.

costumeiro principalmente na *opinio iuris* (princípios de humanidade e ditames da consciência pública), em vez de na prática real do campo de batalha; que reforça o foco homocêntrico do direito internacional humanitário, ao mesmo tempo que reduz a ênfase interestatal tradicional na lei da guerra e no peso da reciprocidade; que serve como poderoso veículo para governos e especialmente organizações não-governamentais (ONGs) exercerem pressão para que a lei reflita cada vez mais preocupações de direitos humanos⁹⁷.

8.2. Limitações – a cláusula como parasita de uma regra pré-existente e claramente relevante aparentada a diretrizes nacionais para a interpretação jurídica de direito interno

No entanto, as limitações de a considerar como uma mera ajuda na interpretação seriam particularmente evidentes, por exemplo, em contextos em que num conflito armado não existissem outras regras relevantes para proporcionar proteção aos civis e, assim, na falta de uma regra que regule o assunto em questão, seria inútil apelar apenas para os princípios afirmados pela cláusula pois esta seria considerada “essencialmente parasita de uma regra pré-existente e claramente relevante”⁹⁸. Como sustentou o governo britânico em *Nuclear Weapons*, os termos da cláusula tornam necessário apontar para uma norma de direito internacional consuetudinário que proíba o uso de armas nucleares e, uma vez que a existência de tal regra está em questão, a referência à cláusula acrescenta pouco⁹⁹.

Por conseguinte, a abordagem em análise funcionaria razoavelmente bem nos casos “menos exigentes” de resolução de um conflito entre duas regras jurídicas derivadas de um tratado ou de direito costumeiro, ou onde as normas existentes carecessem de precisão, mas falharia quando as regras de proteção necessárias para perseguir objetivos humanitários não existissem ou fossem claramente inaplicáveis¹⁰⁰.

Outro problema com aquela abordagem seria o de que, o relegar a cláusula para um princípio de interpretação e aplicação de outras regras e princípios jurídicos similar “a diretrizes nacionais de interpretação jurídica de direito interno”, só funciona porque

⁹⁷ Todos os ‘que’ em MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, pp. 87 e 88.

⁹⁸ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 8.

⁹⁹ SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 8.

¹⁰⁰ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 8.

essas diretrizes não são elas próprias “regras primárias” que tenham que ser aplicadas em todos os casos que caiam no seu âmbito¹⁰¹.

A pertinência da observação é a de salientar que ficaria à discrição dos juízes o que seria relacionado com a cláusula, ou seja, a dúvida sobre a aplicação da própria cláusula ao caso concreto. Sem querer aprofundar os interstícios metodológicos desta hipótese, sempre se dirá que assim, e mesmo entendida como um mero adjuvante judicial, em caso de dúvida em relação à aplicação da própria cláusula, ela dever-se-ia aplicar. Na verdade, mesmo como adjuvante podem suscitar-se dúvidas quanto à sua aplicação em determinados contextos. Por exemplo, na dúvida sobre se a cláusula se aplica só a conflitos internacionais ou também a conflitos internos ou mesmo a situações de paz, a cláusula aplicar-se-ia. Ou, por exemplo, se se partir da consideração de que, perante as regras que proíbem um plano sistemático e deliberado de extermínio em tempo de guerra, sempre surgiria a dúvida de se esta proibição, por maioria de razão, não se aplicaria em tempo de paz, a cláusula guiaria no sentido da resposta positiva.

Possivelmente o parágrafo imediatamente acima não repugnaria a quem defende que, por exemplo, “como adjuvante judicial a cláusula moldou a interpretação e aplicação de específicas regras internacionais num sentido cada vez mais próximo da criminalização efetiva de atos de genocídio como violações dos princípios da humanidade [...] o que teria ocorrido, principalmente, porque as regras e princípios jurídicos relevantes tiveram que ser interpretados e aplicados no contexto interpretativo dos princípios da cláusula e por isso de uma maneira que estabelecesse uma *coerência ótima* entre eles e uma *interpretação viável* do que é consistente com os princípios mais amplos de humanidade e os ditames da consciência pública”¹⁰².

Acrescentando-se que “onde os juízes aceitem esta abordagem, o seu objetivo pode ser o de assegurar que as regras jurídicas concretas aplicadas aos factos do caso apareçam como exemplos de aplicação prática deste princípio geral, e sua *especificação concreta na vida real* [...] o que explica que, em parte, a cláusula tem encorajado uma forma de legislação judicial particularmente criativa e expansiva relativamente a atrocidades, exigindo que os juízes *tapem as lacunas* entre as implicações de uma interpretação razoável dos seus termos e normas gerais que eles são instruídos a definir e as regras jurídicas mais concretas e detalhadas relevantes no contexto de ataques a grupos de civis”¹⁰³.

O que, afinal, pareceria ser um reconhecimento da sua prestabilidade enquanto mero adjuvante judicial.

¹⁰¹ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, pp. 8 e 9.

¹⁰² SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 6 (itálicos adicionados).

¹⁰³ SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 6 (itálicos adicionados).

9. Algo mais que uma mera ajuda. Um impacto nas fontes tradicionais

9.1. Não novas fontes mas algo parecido no campo do direito internacional humanitário

À primeira vista, também se poderia ser levado a pensar que a diferença gritante de opinião existente entre estados acerca do seu significado e o fracasso dos tribunais em articular uma visão clara e específica sobre o assunto leva certamente à conclusão de que a cláusula não levou ao nascimento de duas fontes autónomas de direito internacional distintas do processo costumeiro¹⁰⁴.

De qualquer forma, alude-se que algum valor jurídico a cláusula há de ter, em consonância com o princípio geral de interpretação de que não se deve presumir que os instrumentos internacionais sejam desprovidos de importância jurídica e âmbito prático¹⁰⁵.

Defende-se então que, se se admitir que existe *agora* um princípio geral de direito internacional relativo às considerações de humanidade, então pode-se afirmar que, por um lado, a cláusula foi a *origem* deste princípio geral, podendo-se razoavelmente argumentar que o princípio se desenvolveu a partir da Segunda Guerra, principalmente como resultado de o TIJ o ter explicitado e, de certa forma, codificado em *Corfu*, e que sendo assim, não se poderia negar que uma das mais proeminentes e fortes fontes históricas do princípio foi precisamente a cláusula¹⁰⁶. E que, por outro lado, há espaço para a visão de que a cláusula, na medida em que *encarna um princípio da interpretação*, é “uma espécie de *lex specialis vis à vis* o princípio de direito internacional suportado pelo TIJ”, na medida em que ela se refere apenas ao direito humanitário, enquanto o princípio abrange todo o corpo do direito internacional, *reafirmando e fortalecendo* a cláusula, a este respeito, o princípio geral na específica área do direito internacional humanitário¹⁰⁷.

E observa-se que se se puserem de lado as origens da cláusula e as intenções do seu proponente, e se se a considerar na sua dimensão jurídica e lógica no presente, ela pode ser interpretada no sentido de ter algum *impacto indireto nas fontes tradicionais* de direito internacional, especialmente no processo costumeiro pois, sendo um facto que a cláusula coloca as leis da humanidade e os ditames da consciência pública em pé de

¹⁰⁴ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 211.

¹⁰⁵ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 212.

¹⁰⁶ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 213.

¹⁰⁷ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 213.

igualdade com a prática dos Estados, é *logicamente admissível* que não tem de existir uma exigência de prática estatal para a formação de um princípio ou uma regra com base nas leis da humanidade ou nos ditames da consciência pública, podendo assim o requisito da *opinio iuris* ou *opinio necessitatis* ter especial proeminência, e podendo “a expressão de opiniões jurídicas por uma série de estados e outros sujeitos internacionais, em relação ao valor vinculativo de um princípio ou regra, ou à necessidade social e moral do seu cumprimento por parte dos Estados, ser considerada como levando à formação de um princípio ou regra de direito costumeiro, mesmo quando essas perspectivas jurídicas não sejam apoiadas por generalizada e consistente prática estatal, ou mesmo quando nenhuma prática exista”, operando assim a cláusula no interior do sistema das fontes de direito internacional, na área limitada do direito humanitário, de forma a afrouxar os requisitos para o *usus* e elevando a *opinio (iuris ou necessitatis)* para um posto mais alto do que o normalmente permitido¹⁰⁸.

9.2. Justificação para este impacto hodierno

Esta perspectiva seria justificada, *substancialmente*, pela necessidade, *na área do direito da guerra*, de que as exigências humanitárias sejam um contrapeso eficaz às exigências militares e seu impacto devastador sobre os seres humanos, mesmo antes de tais exigências humanitárias se traduzirem em prática estatal e, *juridicamente*, pela *necessidade de dar sentido e significado* às cláusulas dos instrumentos internacionais, de modo a que qualquer interpretação que as esvazie de significado seja evitada, e pela *carência de dar algum sentido jurídico* à sua difundida aclamação ao longo dos anos nas relações internacionais¹⁰⁹.

Se se pode aceitar que este último ponto de vista seja importante para o presente, já há que salientar que, a ser considerado determinante, conduziria ao resultado aparentemente paradoxal de que, quando a cláusula era supostamente mais necessária, quando as leis da guerra ainda não estavam ‘tão desenvolvidas’ como hoje, a ela não se ligariam efeitos jurídicos. A necessidade de dar sentido e significado às cláusulas dos instrumentos internacionais também se verificava ao tempo em que a cláusula foi pela primeira vez adotada, dir-se-ia que por maioria de razão até. A sua aclamação pode ser relevante, mas há de sempre existir uma primeira vez em que um conceito jurídico é interpretado; e a cláusula existe desde 1899.

¹⁰⁸ Este parágrafo em CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 214.

¹⁰⁹ Justificação em CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 214 e 215.

Esta ideia tornar-se-á mais evidente com a análise do principal julgamento de Nuremberga. É que além de aqui os princípios subjacentes à cláusula terem sido já reconhecidos, apesar da não explícita referência à cláusula, a qual se pode, no entanto, considerar implícita na referência a princípios gerais de direito, ao estado da consciência mundial e a ditames elementares de humanidade¹¹⁰, *o facto de se explicitar algo pela primeira vez num tribunal não quer dizer que a coisa não preexistisse*.

Ou por outras palavras, neste contexto, não é só depois de um tribunal se pronunciar sobre o assunto que os tais usos, leis e exigências passaram a existir.

10. Mas não será a cláusula algo mais ainda?

10.1. Para o ser teriam que se verificar certas condições

Para se aceitar que a cláusula teria um “*norm-creating charater*” – seja diretamente (em que a cláusula seria vista como norma que estabelece duas novas fontes de direito) ou indiretamente (em que a cláusula seria considerada como norma que eleva à categoria de princípios do direito internacional certos *standards* de conduta percebidos pelos estados como exigidos pelas, ou pelo menos conformes às, leis da humanidade e os ditames da consciência pública) – ter-se-iam de analisar os trabalhos preparatórios da CH 1899, a intenção expressa em 1899 pelo próprio Martens e, finalmente, a evolução da prática estatal, pois para provar a validade de tal proposta “radicalmente inovadora”, dever-se-ia mostrar que essa era de facto a intenção de Martens quando propôs a cláusula e que os outros delegados não se opuseram a tal e, de forma ainda mais importante, demonstrar que, tenha sido qual tivesse a intenção de Martens e as posições estatais em Haia, a jurisprudência e a prática estatal, de forma consistente, confirmaram esse valor normativo da cláusula¹¹¹.

Quanto à suposta proposta radicalmente inovadora, há que dizer que, num tempo em que a adesão a pontos de vista de direito natural não se poderia dizer ultrapassada, não se percebe bem o porquê de achar tão inovador a consideração de tais leis e exigências como fonte de direito. Aliás, tendo em conta as considerações de que Martens merece crédito por ter engendrado tal mistura engenhosa de direito natural e positivismo e de que o seu positivismo é “periclitante”¹¹², mais pareceria, a sua, uma

¹¹⁰ Cf. *infra* Parte II, 4.2.2.

¹¹¹ Este parágrafo em CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, 193.

¹¹² Considerações de CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 198 a 202.

proposta naturalmente conservadora. Ou se radical, talvez só no sentido em que busca inspiração nas raízes de uma determinada forma filosófica de olhar para o direito.

Por outro lado, embora o exame dos trabalhos preparatórios seja avisado, não é determinante, assim como o não é a suposta intenção de Martens.

Seja verdade que o recurso aos trabalhos preparatórios não deve ter lugar invariavelmente mas apenas de forma suplementar, secundária¹¹³, pois deve ser presumido que o texto é a autêntica expressão da intenção das partes¹¹⁴, também deve ser acolhida a afirmação de que a interpretação de disposições de tratados políticos importantes sem referência à extensa correspondência que os precedem e que ilumina o seu sentido, o que eles incluem e o que eles omitem, correria o risco de reduzir o trabalho do juiz internacional ao ponto de “devastadora nudez”¹¹⁵.

Por último, também a análise da jurisprudência e prática estatal, embora decisiva quanto à avaliação contemporânea do âmbito da cláusula, tem que ser perspeticada de forma mais peculiar quanto à avaliação da correta interpretação da cláusula nos seus primórdios.

De qualquer forma, tanto aquele exame como esta análise são de indiscutível relevância para a discussão que aqui se empreende, razão pela qual é imprescindível os realizar.

10.2. Contexto histórico

10.2.1. A conferência de Bruxelas de 1874 e o colapso iminente da conferência de Haia de 1899

Numa das primeiras conferências internacionais dedicadas à regulação jurídica da guerra foi sugerido que a justiça e a repressão dos excessos da guerra davam lugar à necessidade de criação de um código penal geral para crimes, infrações e contravenções cometidas em violação do direito internacional¹¹⁶.

¹¹³ Assim, POWDERLY, JOSEPH, “Judicial Interpretation at the ad hoc Tribunals: Method from Chaos?”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), p. 35.

¹¹⁴ DOCUMENT A/CN.4/167 AND ADD.1-3, “Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II, p. 56.

¹¹⁵ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “Some Observations on the Preparatory Work in the Interpretation of Treaties”, *48 Harvard Law Review*, 1935, p. 575.

¹¹⁶ CORRESPONDENCE RESPECTING THE PROPOSED CONFERENCE AT BRUSSELS ON THE RULES OF MILITARY WARFARE, UNITED KINGDOM PARLIAMENTARY PAPERS, *Miscellaneous*, n.º 3, 1875, *apud* DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 106.

Aqui, na Conferência de Bruxelas de 1874, convocada por iniciativa do Czar da Rússia, sob a influência da experiência americana e do seu Código de Lieber¹¹⁷, e cujo trabalho constituiu a base das convenções de Haia de 1899 e 1907¹¹⁸, foi proposto um projeto de convenção sobre as leis e costumes da guerra terrestre, com o objetivo de estabelecer algumas regras sobre a conduta de guerra, de modo a limitar as calamidades que ela infligia¹¹⁹.

O iniciador e autor da proposta de convenção foi o advogado russo Martens, então pouco conhecido na Rússia e no mundo¹²⁰. Para compor o projeto baseou-se nos princípios contidos na Declaração de São Petersburgo de 1868 e muitos costumes internacionais geralmente reconhecidos, o que permitia a esperança de uma sua rápida e unânime aceitação¹²¹.

Na verdade, a conferência não tinha mandato para celebrar uma convenção, mas tão-só para preparar um texto para consideração dos governos, o que foi sublinhado em muitas ocasiões durante os debates¹²². A conferência adotou a proposta com algumas alterações¹²³ sob a forma de um projeto de declaração e a declaração nunca foi ratificada¹²⁴.

Apesar deste “falhanço”, que se deveu a vários fatores¹²⁵, não há que enganar relativamente à importância da declaração para o futuro desenvolvimento do direito da guerra¹²⁶.

Vinte e cinco anos depois, reuniu-se em Haia, de novo por iniciativa da Rússia, a “Conferência da Paz”, com a ideia subjacente de manutenção da paz apesar de o seu trabalho consistir na preparação de leis da guerra¹²⁷. O autor do programa da conferência, de novo Martens, agora conhecido em todo o mundo, professor de direito internacional na Universidade de São Petersburgo e membro do Conselho do Ministério

¹¹⁷ KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 45 e 46.

¹¹⁸ BAXTER, RICHARD, “The First Modern Codification” (1963), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013, p. 147. Cf., também, HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, pp. 256 e 257.

¹¹⁹ PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 125.

¹²⁰ PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 125.

¹²¹ PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 125.

¹²² KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 47 e n. 7.

¹²³ <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/135> (visitada em 06/05/2015).

¹²⁴ HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, p. 257.

¹²⁵ Cf. HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, pp. 257 e 258.

¹²⁶ KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 47. Cf., também, HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, p. 258.

¹²⁷ Assim., não especificamente a propósito desta conferência, HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, p. 526.

russo dos Negócios Estrangeiros, propôs como um dos pontos do programa a aceitação de uma convenção sobre as leis e costumes da guerra em terra¹²⁸. A conferência aprovou o programa e escolheu Martens como presidente da comissão encarregada de preparar uma tal convenção¹²⁹. Martens apresentou o texto da Declaração de Bruxelas de 1874 como um rascunho e assim o trabalho da comissão chefiada por Martens reduzia-se a considerar e aceitar a Declaração de Bruxelas, mas agora enquanto convenção internacional¹³⁰.

Quando a consideração se aproximava do final, um longo e inesperado discurso do representante belga provocou uma crise na comissão¹³¹.

10.2.2. A tese de que a cláusula era vista como significando que existia direito costumeiro da guerra

Originalmente projetada para providenciar regras humanitárias residuais para a proteção da população de territórios ocupados¹³², o contexto do seu aparecimento é o da ultrapassagem de um impasse diplomático entre as grandes potências e os países menos poderosos sobretudo sobre o nível de proteção a proporcionar aos civis.

Nomeadamente, dois problemas foram apresentados pelo representante (da Bélgica) dos países pequenos, o primeiro concernente à adoção de partes da Declaração de Bruxelas de 1874 que concediam poderes muito extensos às potências ocupantes¹³³, nomeadamente no que diz respeito à possibilidade de mudar as leis do estado ocupado, usar os seus funcionários públicos, angariar novos impostos e requisitar bens, e o segundo relativo à circunstância de as disposições da Declaração de Bruxelas a respeito dos combatentes legítimos não preverem o direito de todos os cidadãos de um país ocupado a resistir à ocupação¹³⁴, qual direito ou mesmo dever fundamental dos habitantes de um país invadido pelo inimigo. Enquanto os estados militarmente poderosos, com os seus exércitos constituídos de forma regular, arguíam que os civis que tomassem as armas contra uma força de ocupação deveriam ser tratados como

¹²⁸ Assim, PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 125.

¹²⁹ Assim, PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 125. Cf., também, HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, pp. 258 e 259.

¹³⁰ Assim, PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 125.

¹³¹ PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 126.

¹³² MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, p. 79.

¹³³ As declarações dos delegados da Holanda, Itália e Bélgica à conferência de Bruxelas de 1874 já davam conta desta preocupação. Cf. BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’: Spies, Guerrillas, and Saboteurs”, 28 *British Yearbook of International Law*, 1951, p. 324.

¹³⁴ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 193 e 194.

francs-tireurs e sujeitos a execução, os estados mais pequenos, que se apoiavam em milícias e mobilização da população, afirmavam que eles deveriam ser tratados como combatentes legítimos¹³⁵. A propósito de que o delegado belga pressagiou:

*“A vouloir restreindre la guerre aux Etats seulement, les citoyens n’étant plus en quelque sorte que de simples spectateurs, ne risque-t-on pas de réduire les éléments de la résistance, en énervant le ressort si puissant du patriotisme? Le premier devoir du citoyen n’est-il pas de défendre son pays, et n’est-ce pas à l’accomplissement de ce devoir que tous, nous devons les plus belles pages de notre histoire nationale? D’autre part, dire aux citoyens de ne pas se mêler aux luttes où le sort de leur pays est engagé, n’est-ce pas encourager encore ce mal d’indifférence qui est peut-être l’un des plus graves dont souffre notre temps? Les petits pays surtout ont besoin de pouvoir compléter les éléments de leur défense, en disposant de toutes leurs ressources. Notre pays est de si peu d’étendue que, par surprise, il pourrait être occupé presque tout entier en deux jours, notre armée étant refoulée dans Anvers, réduit de la résistance. Pourrions-nous, en vue de cette situation si grave, dégager en quelque sorte nos concitoyens de leurs devoirs envers le pays, en semblant tout au moins leur déconseiller de contribuer à la résistance?”*¹³⁶.

E avança-se que, nas áreas referidas, a proposta do delegado belga era a de deixar estas matérias não reguladas por tratado, sendo preferível remeter tais assuntos para o *direito costumeiro*¹³⁷. Mas atente-se nas palavras utilizadas pelo delegado:

*“A mon avis, il y a certains points, qui ne peuvent faire l’objet d’une convention et qu’il vaudrait mieux laisser comme aujourd’hui, sous l’empire de cette loi tacite et commune qui résulte des principes du droit des gens”*¹³⁸.

*“Je pense donc qu’à tous les points de vue, il y a là des situations qu’il vaut mieux abandonner au domaine du droit des gens, si vague qu’il soit. On ne peut pas transformer ici le fait en droit et c’est à quoi l’on arriverait forcément, puisqu’il faut se placer en même temps au point de vue de l’envahisseur et de l’envahi. Le pays occupé subit la loi du vainqueur, c’est un fait, c’est la force et une force majeure, mais on ne peut pas d’avance légitimer l’usage de cette force et reconnaître qu’elle est le droit. Il n’est vraiment pas possible que le vainqueur légifère, administre, punisse, prélève des impôts avec le consentement anticipé et écrit du vaincu”*¹³⁹.

¹³⁵ Assim, também, BAXTER, RICHARD, “Perspective - The Evolving Laws of Armed Conflicts” (1973), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013, p. 255, aludindo à sensação de *déjà vu* quando discussão similar teve lugar em 1972.

¹³⁶ CONFÉRENCE INTERNATIONALE DE LA PAIX, La Haye 18 Mai–29 Juillet 1899, Troisième Partie, 1899 (disponível em <https://archive.org/details/laconferenceint00inteuoft>), p. 90.

¹³⁷ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 194.

¹³⁸ CONFÉRENCE INTERNATIONALE DE LA PAIX, p. 89 (sublinhados adicionados).

¹³⁹ CONFÉRENCE INTERNATIONALE DE LA PAIX, p. 89 (sublinhados adicionados).

À falta de maior aprofundamento da ideia pode-se adiantar ser discutível a pura identificação do direito costumeiro com o *direito das gentes* ou com aquela *lei tácita e comum*. A linguagem utilizada poderia compreender um apelo ao direito natural, ou pelo menos a princípios superiores, e não só ao direito costumeiro¹⁴⁰, pelo menos se se entender este à altura nos termos estritos mais usuais de *usus* mais *opinio iuris*.

Talvez seja avisado chamar para aqui a afirmação de quem, se calhar com algum exagero, dizia que a maior parte daquilo a que perversamente se persiste em chamar costume não só não é costume como nem de perto se parece a costume¹⁴¹. E aludir a Grotius que, na esteira de Suárez, considerava o costume como “*quintessence to pratise*” que é tacitamente aceite como vinculativa pela comunidade, o que implica uma certa amálgama de prática estatal com *opinio iuris*¹⁴². E que afirmava, por exemplo, que “o que é permitido na guerra é visto ou em absoluto ou em relação a uma premissa anterior. É visto em absoluto, em primeiro lugar, sob o ponto de vista do *direito natural* e, depois, do *direito das nações*”¹⁴³. A ideia de normatividade – a articulação de uma prática como vinculativa – não é nova e, enquanto requisito necessário para a existência de direito costumeiro, pode ser rastreada a Isidore Seville (século VI e VII)¹⁴⁴ que afirmava que “o direito costumeiro (*consuetudo*) é um certo sistema de justiça estabelecido pelos hábitos morais que é tomado como direito onde falte uma lei: não importa que exista em escrito ou em arrazoamento, uma vez que também a razão valida o direito [...] O costume é assim chamado porque está em uso comum (*communis usus*)”¹⁴⁵.

Qualquer que tenha sido a retórica grandiloquente de Martens, a fraqueza e desfoque político e jurídico da proposta do delegado belga, a sua inaceitabilidade para os países poderosos (e, por conseguinte, o irrealismo da sua adoção), qualquer a percepção das outras delegações de que a diferença entre as posições em disputa não seria dramática, parece que foi o medo de que a atitude da Bélgica significasse uma repetição do falhanço da Conferência de Bruxelas de 1874, e um sério golpe no prestígio do Czar Nicholas II, que levou Martens a propor a adoção da cláusula¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Mas cf. CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 193 a 198.

¹⁴¹ JENNINGS, ROBERT, “The Identification of International Law”, in Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Stevens, 1982, p. 5.

¹⁴² ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature*, p. 9.

¹⁴³ GROTIUS, HUGO, *The Law of War and Peace*, Carnegie Foundation for International Peace, 1925, Livro III, Capítulo I, Secção I (itálicos adicionados).

¹⁴⁴ CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 26.

¹⁴⁵ SEVILLE, ISIDORE, *Etymologiae*, Liber V: de legibus et temporibus, citado em BARNEY, S./LEWIS, W/BEACH, J., *The Etymologies of Isidore of Seville*, Cambridge University Press, 2010, p. 117.

¹⁴⁶ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 194-196. De notar que esta conclusão é a que o autor, cujo raciocínio se está a acompanhar, convincentemente expõe.

Por outro lado, e não se fazendo para já juízo sobre a ideia de se cláusula se referia essencialmente à questão dos combatentes legítimos, tendo a primeira matéria sido por completo ignorada¹⁴⁷, o que é facto é que o delegado belga rapidamente declarou que estaria contente em aceder à proposta¹⁴⁸. A proposta de Martens foi recebida pelos delegados com aprovação calorosa¹⁴⁹ e permitiu a aprovação da inteira Convenção sem mudanças nos artigos inicialmente propostos¹⁵⁰.

A ‘insistente ideia’¹⁵¹, de que a interpretação da Bélgica era a de que o grande ponto de discórdia, nomeadamente a questão sobre quais as pessoas que não pertenceriam às forças armadas do país ocupado, teria sido remetido pela cláusula para o *droit costumeiro* internacional, tem que ser perspetivada não deixando de ter em conta a forma como o delegado belga continuou a colocar a questão:

“[E]n constatant que la Conférence laissait non réglées les questions relatives aux soulèvements en territoire occupé et aux faits de guerre individuels [...] Il n’y a donc de réglé que ce point qu’il faut tenir comme belligérants les armées, les milices, les corps organisés et aussi la population, qui, même sans organisation, prend spontanément les armes dans le territoire non-occupé. Dans tous les autres cas, toutes les autres situations sont réglés par le droit des gens dans les termes de la déclaration que vient de lire le Président.

*Mais ce sont là des règles et nul ne les a mieux tracées qu’un autre de Martens, qui a été, lui aussi, l’honneur de son pays. Demain comme aujourd’hui les droits du vainqueur, loin d’être illimités, seront restreints par les lois de la conscience universelle et pas un pays, pas un général n’oserait les enfreindre, puisque ce serait se mettre au ban des nations civilisées”*¹⁵².

Mais uma vez, a referência ao direito das gentes, aqui complementada pela menção às leis da consciência universal, deixam dúvidas quanto à conclusão de que o que estaria em causa seria o apenas o direito costumeiro, pelo menos se entendido *naquele* sentido estrito.

Daí que a noção de que foi usada uma manobra diplomática para eludir grandes diferenças entre estados através de habilmente deferir o problema para futura discussão, representando uma forma astuta de um número de países poderosos “levar à certa” os

¹⁴⁷ Esta ideia em CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 196 (n. 26) e 197.

¹⁴⁸ Embora a cláusula não satisfizesse totalmente as suas preocupações. CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 197.

¹⁴⁹ KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 58.

¹⁵⁰ PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 127.

¹⁵¹ CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 197.

¹⁵² CONFERENCE INTERNATIONALE DE LA PAIX, p. 121. Primeiros três expressões sublinhadas em CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 197, n. 29. As três últimas foram adicionadas.

pequenos países¹⁵³ e de que Martens, agindo com esperteza em nome dos países mais poderosos, ao fim e ao cabo, prometeu aos países mais pequenos “*pie in the sky*” quando de facto só lhes entregou “*a string of polished and high-minded words*”¹⁵⁴, não pode ser aceite com facilidade.

Por outro lado, a análise sobre intenções, humanitarismo, “russismo”, arrogância, mérito, contradições, falta de rigor e positivismo periclitante de Martens¹⁵⁵, é leitura interessante mas não determina o sentido a dar ao texto do tratado. De qualquer forma, o naturalismo que lhe é apontado poderia induzir que as leis da humanidade e os ditames da consciência pública também fossem por ele considerados como fontes de direito.

Em conclusão, o recurso aos trabalhos preparatórios não leva à rejeição da dita possibilidade de a cláusula ser algo mais.

10.2.3. A tese de que algo foi dado às pequenas potências

É pertinente trazer à consideração a interrogação sobre se, neste contexto, não seria somente através da introdução de um princípio normativo substantivo, que acrescentasse algo à situação anterior, que não de um mero adjuvante à interpretação judicial, que se conseguiriam remover os obstáculos diplomáticos em causa, dando aos negociadores dos estados mais pequenos, que pretendiam uma proteção jurídica acrescida para os civis de territórios ocupados militarmente, uma forma de ultrapassar o impasse¹⁵⁶.

Ao que se responderia com uma outra interrogação, a de como seria possível a cláusula desempenhar a sua função de preencher as lacunas na regulamentação do conflito armado se as suas bitolas jurídicas não tivessem sido previstas de forma a serem normas diretamente aplicáveis e independentes¹⁵⁷. Os Estados pequenos, como a Bélgica, tinham estado “à espera” disto em face da oposição das grandes potências¹⁵⁸.

Segundo uma certa perspetiva, esta foi, provavelmente, a forma como o assunto foi entendido na conferência de 1899 pois, após a famosa declaração de Martens, o

¹⁵³ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 198.

¹⁵⁴ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 198.

¹⁵⁵ CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 198 a 202.

¹⁵⁶ Interrogação em SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 9. Ou, de outra forma, a interrogação sobre se é credível a afirmação de que adicionar à mesa da negociação uma simples linha orientadora opcional para a interpretação seria suficiente para ultrapassar o impasse. Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 9

¹⁵⁷ Esta outra interrogação também em SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 9.

¹⁵⁸ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 12.

delegado da Bélgica, que se tinha oposto à aprovação dos artigos 9 e 10 (1 e 2 do novo projeto), anunciou imediatamente que podia, por causa dessa declaração, votá-los, pois teria adotado o ponto de vista, não objetado pelos outros delegados, de que a cláusula seria por si só capaz de exercer força normativa para fornecer as tais proteções adicionais exigidas para apropriadamente controlar o comportamento militar¹⁵⁹.

Isso também resultaria da *localização da cláusula imediatamente a seguir* à afirmação de que não poderia ter sido a intenção das partes que os casos não previstos devessem ser deixados ao critério, arbitrário, daqueles que dirigem os exércitos, a tal substituição da ilimitada discricionariedade do comandante pelos usos estabelecidos, leis da humanidade e exigências da consciência pública.

A atratividade desta perspectiva é evidente pois atribui um comportamento lógico aos (além de que não diminui alguns dos) intervenientes na conferência, ademais consonante com o último parágrafo citado, e postura geral, das declarações (ao que parece nunca objetadas) do representante belga. Sob este ponto de vista, foram os estados pequenos que, sob a aparência de só estarem a receber “*pie in the sky*”, de facto estavam a assegurar um importante instrumento jurídico de proteção dos seus interesses e de enorme potencial de uso, principalmente a nível jurisprudencial.

10.2.4. Conclusão

Mas, na verdade, o recurso aos trabalhos preparatórios não sustenta esta conclusão de forma segura¹⁶⁰. Como muitas vezes acontece no âmbito da celebração dos tratados e das conversações que os precedem, mas não só, a densidade de um problema jurídico resultante de uma determinada opção só se percebe mais tarde. Naturalmente, os delegados poderiam não antecipar a ampla potencialidade da querela e ser por isso que não articularam uma visão clara sobre o problema¹⁶¹.

No entanto, o produto resultante, o texto da cláusula, *per se* ou articulado com o seu propósito, não padece do mesmo mal, pois está em completo acordo com a logicidade atribuída pela perspectiva em análise aos participantes na conferência. Assim, um olhar mais atento para a disposição em análise, qual conjunto de ideias de que um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos seus termos no seu contexto e à luz dos respetivos objeto e fim, e de que os trabalhos

¹⁵⁹ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, pp. 408 e 409.

¹⁶⁰ Cf. CONFERENCE INTERNATIONALE DE LA PAIX, *passim*.

¹⁶¹ Ou anteciparam-na e estavam conscientes de que não a iriam resolver ali.

preparatórios são somente um meio complementar de interpretação, conjunto este de ideias que não há razões para dizer que não devem ser aqui utilizadas¹⁶², poderão revelar um ponto de vista mais coerente.

10.3. Jurisprudência

Coincidência, ou não, a maior parte dos primeiros casos que expressamente aludem à cláusula são casos decididos por tribunais de países geográfica ou demograficamente pequenos. A jurisprudência de Nuremberga de forma mais ou menos aberta não passou ao lado do problema. A questão também foi abordada pelo TIJ e pelos modernos TPIs. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tomou posição.

10.3.1. Casos decididos por países geográfica ou demograficamente pequenos

Começa-se na Bélgica.

KW, um oficial alemão, foi acusado de ferir gravemente 14 civis após resistência aos ocupantes alemães na Bélgica. O tribunal reconheceu que não havia um artigo que expressamente impusesse responsabilidade criminal individual por atos de violência ou maus-tratos contra habitantes de um território ocupado mas considerou que, por força da cláusula, *tinha de aplicar princípios de direito internacional mais gerais, derivados das leis da humanidade e ditames da consciência pública*, como prova da ilegalidade da inflição de tratamento cruel a civis, declarando ainda que, permanecendo o direito da guerra incompleto, este seria precisamente um dos casos antecipados pela cláusula para fornecer uma *base jurídica de princípio para uma condenação penal*¹⁶³.

Atalha-se que os opositores da interpretação expansiva da cláusula têm dificuldade em desqualificar este caso em especial porque não havia outros motivos para a condenação do arguido no momento dos factos¹⁶⁴. De forma curiosa, em sentido não muito diferente, refere-se que o tribunal, depois de anotar que o artigo 46 RH não proibia expressamente atos de violência ou crueldade, sustentou que uma *regra de direito costumeiro se tinha desenvolvido na matéria e para isso fundamentou-se na cláusula* e no artigo 5 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), concluindo pela existência de tortura e tratamento cruel¹⁶⁵.

¹⁶² Sobre as regras da interpretação da Convenção de Viena de 1969 como, na essência, refletindo princípios gerais de direito internacional cf. ECHR, Judgment, *Golder v. The United Kingdom*, 21 de Fevereiro 1975, para. 29.

¹⁶³ Resumo da parte relevante da decisão (*Conseil de guerre de Bruxelles, Auditeur militaire KW*, 30 *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1950, pp. 562 a 586) em SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 11.

¹⁶⁴ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 11.

¹⁶⁵ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, 3ª edição, 2013, p. 14, n. 14.

Em *Rauter*¹⁶⁶, decidido em 1949 por um tribunal holandês, o arguido foi acusado de deportações de judeus, homicídios, saques e punições coletivas na Holanda. A sua principal defesa era a de que o princípio da não retroatividade tornava ilegais tanto a sua condenação como a pena de morte aplicada.

Estava em causa a questão de se os alemães ao ocuparem a Holanda tinham o direito de exercer represálias contra a população civil.

Aparentemente o direito holandês não tinha penas expressas em termos de mínimos e de máximos para crimes de guerra¹⁶⁷. O tribunal mencionou o artigo 50 RH, o qual proibia punições coletivas, pecuniárias ou outras, e acrescentou que a ideia básica deste artigo é supostamente a de que nenhum ocupante de território estrangeiro pode – *não mais do que o pode o soberano legítimo no seu próprio território* – tomar medidas contra inocentes por atos praticados por outros, anotando em seguida que tal comportamento também é contrário à cláusula¹⁶⁸.

Ao passo que parece claro que o tribunal afirma que tal modo de conduta é incompatível com a cláusula¹⁶⁹, comenta-se que esta referência pelo tribunal à cláusula foi feita ou para suportar uma proibição ambígua¹⁷⁰ ou *ad abundantiam* e sem atribuir à cláusula qualquer valor jurídico especial¹⁷¹.

O tribunal também se referiu à cláusula quando examinou o argumento de que o arguido estava a ser acusado em violação do *nullum crimen*, considerando que os Regulamentos de Haia proibiam alguns atos, ao mesmo tempo que se incluíria a cláusula no preâmbulo e que, em consequência, toda a transgressão deliberada *destas regras* de guerra internacionais firmemente estabelecidas *constitui um crime internacional*, sendo estas transgressões conhecidas como crimes de guerra há muito tempo e considerando ainda que a alegação do recorrente, de que o direito penal especial holandês tinha introduzido um novo crime contra a humanidade, *não tinha mérito pois o tal preâmbulo prescreve em tais palavras* a submissão às leis da humanidade¹⁷².

Afirma-se que, claramente, estes dois pontos são vagos, superficiais e enganadores, pois não é claro se o tribunal queria afirmar que, devido à cláusula, qualquer conduta contrária aos princípios da humanidade e aos ditames da consciência pública deve ser considerada como um crime de guerra ou crime contra a humanidade, mesmo quando não seja proibida por qualquer regra jurídica internacional, concluindo-se que provavelmente o tribunal não teve a intenção de ir tão longe, tendo invocado a cláusula para reforçar o seu terceiro argumento relativo à natureza não absoluta do princípio da retroatividade da legislação criminal, argumento que provavelmente

¹⁶⁶ LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, Vol. XIV, 1949, pp. 89 a 138 (LAW REPORTS, *Rauter*).

¹⁶⁷ GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 384.

¹⁶⁸ LAW REPORTS, *Rauter*, pp. 135 a 138.

¹⁶⁹ Cf., também, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 252.

¹⁷⁰ Assim, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, pp. 156 e 157.

¹⁷¹ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 204.

¹⁷² Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 204 e 205. Cf., também, LAW REPORTS, *Rauter*, pp. 118 a 123.

teria tido valor decisivo e que pareceria ser, de longe, o mais bem articulado e decisivo dos três¹⁷³.

Ora, o tribunal ao afirmar que qualquer transgressão deliberada daquelas regras de direito internacional é um crime internacional parece claramente querer dizer que a violação das regras em causa, incluindo as leis da humanidade e os ditames da consciência, é tão grave que só pode ser um crime internacional. E ao fazer referência à submissão às leis da humanidade só parece poder estar a pensar em atos que atentem contra a humanidade, os tais crimes contra a humanidade.

O que legitima a conclusão de que possivelmente o julgamento, com a sua fundamentação da condenação, fornece autoridade adicional para a interpretação expansiva de que a cláusula foi tida como *precursor* para a infração de Nuremberga apelidada de crimes contra a humanidade e que isto refutou as sugestões dos advogados de defesa de que o arguido estava a ser submetido a uma forma inconstitucional de criminalização retrospectiva¹⁷⁴.

Em *Klinge*¹⁷⁵, decidido em 1946 pelo Supremo Tribunal da Noruega, o arguido, um membro da Gestapo, foi acusado de maus-tratos e tortura de noruegueses, nos termos do Código Penal norueguês de 1902, em conjunto com um Decreto Real de 4 de Maio de 1945, que atribuiu o poder de impor a pena de morte em vez de penas de prisão por atos como aqueles perpetrados por Klinge. Tendo sido condenado à morte pelo tribunal de recurso, o arguido apelou ao Supremo Tribunal Federal, alegando que a implementação do Decreto Real violava o artigo 97 da Constituição norueguesa, segundo o qual a lei não pode ter efeito retroativo. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou provimento ao recurso, considerando que os atos graves de tortura, não só eram expressamente proibidos pela lei norueguesa, como também eram contrários às leis da humanidade e às exigências da consciência pública mencionadas na cláusula, sendo por conseguinte crimes de guerra *punidos com as penas mais graves*, incluindo a pena de morte, pois o *carácter criminoso* dos atos de que tratava o caso, bem como o *grau de punição*, já estavam previstos no direito internacional, nomeadamente nas normas relativas às leis e costumes de guerra, sendo estas regras válidas para a Noruega enquanto país beligerante.

Adianta-se que, aparentemente, a decisão do tribunal equiparou as leis da humanidade e os ditames a *standards* jurídicos internacionais, mas logo se dispara que é evidente que a decisão do tribunal se baseia numa má construção do direito internacional, pois a tortura de civis inimigos, independentemente de estes serem ou não culpados de operações ilegais contra o ocupante ilegal, era já implicitamente proibida por normas costumeiras internacionais resultantes dos regulamentos de Haia, pelo menos se estes forem interpretados de forma liberal¹⁷⁶.

Isto mesmo teria sido reconhecido pelo mesmo Supremo Tribunal Federal, pois após citar a cláusula também se referiu ao artigo 46 RH (sobre o dever de respeito por parte dos

¹⁷³ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 205.

¹⁷⁴ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 10

¹⁷⁵ Cf. LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, Vol. III, Case n.º 11, *Trial of Kriminalassistent, Karl-Hans Hermann Klinge*, pp. 1 a 14. Cf., também, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 202 e 203.

¹⁷⁶ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 202 e 203.

ocupantes pela honra e direitos da família e pela vida das pessoas e propriedade privada dos habitantes de territórios ocupados) e ao artigo 61 da Convenção de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra (CG 1929)¹⁷⁷, chegando-se à conclusão de que não teria sido necessário o recurso à cláusula, exceto para apoiar uma interpretação liberal do artigo 46 RH e correspondente norma costumeira¹⁷⁸.

Em segundo lugar, avança-se que o direito internacional, tal como existia após a Segunda Guerra, não tinha normas relacionadas com penas, sendo este um assunto claramente remetido para legislação estatal¹⁷⁹.

Ora, mesmo que a interpretação sobre o direito costumeiro aplicável seja errada, não se percebe em que é que isso afeta o valor da interpretação acerca dos efeitos da cláusula, a menos que se adote uma qualquer estranha invalidade consequencial. Por outro lado, seria estranho que o direito internacional previsse crimes sem penas e daí que a razão estaria com o tribunal quando afirmava que o grau de punição também está previsto neste direito¹⁸⁰. Por último, a ideia veiculada sobre a interpretação liberal também poderia ser avançada no contexto dos dois casos anteriores.

10.3.2. Nuremberga – *Göring, Krupp e Justice*

No mais importante julgamento pós Segunda Guerra, e apesar da não referência específica à cláusula, o TMI não deixou de também fundar as suas condenações em princípios gerais de direito e, de forma mais discutível, nuns sucedâneos interessantes da cláusula: a ‘consciência mundial’ e os ‘ditames elementares da humanidade’¹⁸¹.

Krupp e outros foram acusados nos termos dos artigos 46 a 56 dos regulamentos de Haia de pilhagem cruel dos territórios ocupados pela Alemanha em tempo de guerra para além das necessidades do exército de ocupação e em desconsideração das necessidades da economia local.

O tribunal discutiu as disposições pertinentes dos regulamentos de Haia e concluiu que estas eram vinculativas para Alemanha, não apenas por tratado, mas enquanto direito costumeiro¹⁸². Afirmou ainda que o “preâmbulo, muito mais do que uma declaração pia [...] é uma *cláusula geral*, que *torna* os usos estabelecidos entre as nações civilizadas, as leis da humanidade e os ditames da consciência pública na *bitola jurídica* a ser aplicada se e quando as

¹⁷⁷ O tribunal parece ter-se referido à convenção no contexto da ideia de que existe punição por crimes de guerra prevista no direito internacional, mas a convenção só trata da punição de prisioneiros de guerra por atos praticados enquanto prisioneiros (cf. *infra* Parte II, 4.5.2.2.4.).

¹⁷⁸ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 203.

¹⁷⁹ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 203.

¹⁸⁰ Cf. *infra* Parte II, 4.7.

¹⁸¹ Cf. *infra* Parte II, 4.2.2.

¹⁸² *Krupp et al.*, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 31 July 1948, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10, vol. IX, p. 1338, (*Krupp*).

disposições específicas da Convenção e dos Regulamentos Anexos a ela não cobrirem casos específicos que ocorram em guerra ou em situação concomitante a guerra”¹⁸³.

Que o tribunal não tenha precisado de recorrer diretamente à cláusula pois pôde aplicar as disposições dos regulamentos de Haia mais precisas, e que portanto se esteja perante um *obiter dictum*, não retira clareza à opinião expendida pelo tribunal. Ao se referir à bitola está a tratar a cláusula como uma norma autónoma capaz de impor responsabilidade criminal¹⁸⁴.

O que assim se sugere é que enquanto normas jurídicas, os princípios gerais definidos de forma lata possam servir de fundamento jurídico único da condenação. Mas, na verdade, a nível nacional, normalmente, princípios destes não podem ser usados, *per se*, para justificar uma condenação penal. A opinião veiculada amiúde é a de que eles são demasiado vagos. E afirma-se, de volta ao plano internacional, que a sua falta de especificidade conduziria a uma violação de *standards* mínimos de legalidade¹⁸⁵. É pois essencial analisar a correção desta ideia¹⁸⁶.

No caso *Justice* considerou-se que a *pressão moral da opinião pública* poderia operar como *fator decisivo* e que os crimes contra a humanidade poderiam ser cometidos *tanto em guerra como em tempo de paz*¹⁸⁷.

O tribunal tratou a aplicação da lei criminal doméstica alemã em território ocupado não só como uma violação de específicas regras dos regulamentos de Haia como também da própria cláusula¹⁸⁸.

10.3.3. Tribunal Internacional de Justiça – *Corfu, Nicaragua e Nuclear Weapons*

Em *Corfu*, afirmou-se que há obrigações que são baseadas, não na CH 1907, que é aplicável em tempo de guerra, mas em certos *princípios gerais e reconhecidos*, nomeadamente em *considerações elementares de humanidade, mais absolutas em paz do que em guerra*¹⁸⁹.

Em *Nicaragua*, sustentou-se que a conduta dos EUA pode ser julgada de acordo com os princípios gerais fundamentais do direito humanitário e que certas regras estabelecidas no *Artigo 3 Comum*¹⁹⁰ *constituem uma bitola mínima*, em adição às regras mais elaboradas que *também*

¹⁸³ *Krupp*, p. 1341.

¹⁸⁴ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 10.

¹⁸⁵ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 329.

¹⁸⁶ Cf. *infra* Parte I, 12.

¹⁸⁷ *The United States of America vs. Josef Altstötter*, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 4 December 1947, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10*, Volume III (*Justice*), pp. 979 a 982.

¹⁸⁸ Assim, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 157.

¹⁸⁹ ICJ, Judgment, *Corfu Channel case, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*, 9 April 1949 (*Corfu*), p. 22. A expressão ‘*absolues*’ consta da versão francesa (a que faz fê). Na versão inglesa a expressão utilizada é ‘*exacting*’ que se traduz aqui por ‘prementes’.

¹⁹⁰ Artigo 3 comum às convenções de Genebra de 1949 (CG 1949).

são aplicáveis a conflitos internacionais, e que são regras que refletem aquilo a que o tribunal em 1949 chamou *considerações elementares de humanidade*¹⁹¹.

Em *Nuclear Weapons*¹⁹², o tribunal referiu-se a três princípios fundamentais do direito humanitário: a proteção da população civil, a proibição de sofrimento desnecessário e a *cláusula*, aludindo a que esta se tem revelado um meio eficaz de lidar com a rápida evolução da tecnologia militar e que, em conformidade com os tais princípios, o direito humanitário, *num estágio muito precoce*, proibia alguns tipos de armas, seja por causa do seu efeito indiscriminado em combatentes e civis, seja por causa do sofrimento desnecessário causado aos combatentes (para. 78).

Recordou que todos os estados estão vinculados às regras do Protocolo Adicional I (PA-I) que, quando adotadas, eram apenas *expressão do direito costumeiro pré-existente, tal como a cláusula*, reafirmada no primeiro artigo do protocolo (para. 84). Apontou para a cláusula, cuja *existência e aplicabilidade continuada não deve ser posta em dúvida*, como uma afirmação de que os princípios e normas do direito humanitário se aplicam às armas nucleares (para. 87).

As afirmações do tribunal podem ser menosprezadas como obscuras¹⁹³, mas parecem apontar para um valor autónomo a atribuir à cláusula. Por outro lado, avança-se que a melhor interpretação da decisão, incluindo as opiniões divergentes na mesma, é a de que a cláusula é *agora* colocada num nível com outros princípios gerais amplos do direito humanitário, os quais estão por trás das, e reforçam as, regras específicas caso estas existam, encorajam a sua reinterpretação expansiva para obter resultados humanitários, e se tornam diretamente aplicáveis onde tais regras aplicáveis ainda não existam¹⁹⁴. Conclusão que, com um senão¹⁹⁵ e exceto na parte do ‘agora’, se acompanha.

10.3.4. Tribunais internacionais penais modernos – *Martić, Akayesu, Kupreskić, Hadžihanović e Furundžija*

Em *Martić*, o tribunal declarou que a proibição de atacar a população civil enquanto tal, bem como civis individualmente considerados, e o princípio geral que limita os meios e métodos de guerra, *emanam das considerações primárias de humanidade, que também derivam da cláusula*, sendo que todos *constituem a fundação* de todo o corpo de direito internacional humanitário aplicável a todos os conflitos armados.

Aqui a cláusula foi usada para proteger civis no sentido de que o bombardeamento de civis é um crime internacional e de que ela regulava os meios e métodos de guerra *mesmo durante conflitos internos* não regulados pelos regulamentos de Haia¹⁹⁶.

¹⁹¹ ICJ, Judgment, *Nicaragua v. United States of America*, Merits, Judgment of 27 June 1986 (*Nicaragua Merits*), para. 218.

¹⁹² *Nuclear Weapons*.

¹⁹³ Assim, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 206.

¹⁹⁴ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 13.

¹⁹⁵ Cf. *infra* Parte I, 13.

¹⁹⁶ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 12.

Em *Akayesu*¹⁹⁷ avançou-se que os crimes contra a humanidade são dirigidos contra uma população civil e estão proibidos independentemente de serem cometidos em conflito armado, de caráter internacional ou interno.

O tribunal aludiu ainda ao facto de que o conceito de crimes contra a humanidade havia sido reconhecido muito antes de Nuremberga, já que, por um lado, em 28 de Maio de 1915, os governos da França, Grã-Bretanha e Rússia fizeram uma declaração quanto aos massacres da população arménia na Turquia, denunciando-os como *crimes contra a humanidade e civilização* relativamente aos quais todos os membros do Governo turco, juntamente com os seus agentes implicados nos massacres, *serão responsáveis* e, por outro lado, o Relatório da Comissão de 1919, formulado por representantes de diversos estados e apresentado na Conferência de Paris também se referia a *infrações contra as leis da humanidade* (para. 565). Considerou-se que estas noções da Primeira Guerra eram *derivadas, em parte, da cláusula* (para. 566).

Em *Kupreskić*¹⁹⁸, afirmou-se que à luz da forma como os Estados e os tribunais a têm aplicado, esta cláusula mostra claramente que *os princípios do direito internacional humanitário consuetudinário podem surgir através de um processo sob a pressão das exigências da humanidade ou dos ditames da consciência pública*, em casos em que a prática estatal é escassa ou inconsistente, sendo que o outro elemento, na forma de *opinio necessitatis*¹⁹⁹, *cristalizando-se como resultado de imperativos de humanidade ou consciência pública*, pode vir a ser o elemento decisivo que anuncia o surgimento de uma regra geral ou princípio do direito humanitário (para. 527).

O tribunal aludiu a haver uma *abordagem nova* para o direito internacional consuetudinário que resultou de uma transformação geral do direito humanitário, ou seja, a partir da humanização do conflito armado (paras. 518 e 529), o que serviu para fundar uma interpretação ampla da cláusula como autoridade para a conclusão de que o direito costumeiro contém uma proibição de represálias contra civis e bens civis (paras. 528 a 535), idêntica à proibição contida no PA-I, e diretamente aplicável exclusivamente a conflitos armados internacionais, o que certamente foi um ato judicial criativo “*quasi-legislativo*” porque pode ser avançado um argumento forte no sentido de que as disposições em causa do PA-I não foram, de facto, introduzidas como uma codificação de regras de direito costumeiro pois há escassa prática estatal consistente para apoiar esta afirmação²⁰⁰.

¹⁹⁷ ICTR, Judgment, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, T, 2 de Setembro 1998.

¹⁹⁸ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Kupreskić*, 14 de Janeiro 2000.

¹⁹⁹ Sobre os diferentes sentidos desta expressão utilizados por Cassese, o presidente do tribunal neste caso, cf. CRYER, ROBERT, “International Criminal Tribunals and the Sources of International Law, Antonio Cassese’s Contribution to the Canon”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012, p. 1053.

²⁰⁰ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 7, propondo que uma possível justificação humanitária é a de que as ações militares muitas vezes exercem consequências diretas e desastrosas para os civis e que, por isso, seria problemático, por razões humanitárias, esperar que surgisse um padrão estabelecido de prática estatal protetiva.

Em *Hadžihasanović*, o tribunal usou a cláusula para suportar a declaração de que tinha jurisdição sobre um conflito armado não internacional²⁰¹.

Em *Furundžija*, o tribunal mencionou a cláusula para suportar a proposição de que a proibição da tortura faz parte do direito costumeiro internacional²⁰².

10.3.5. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – *Kononov*²⁰³

Aqui o tribunal considerou que o TIJ, fundando-se expressamente na cláusula, observou que as convenções de Haia e de Genebra se tornaram princípios não transgredíveis do direito internacional consuetudinário desde o julgamento de Nuremberga, e isto porque, segundo o TIJ, muitas das normas do direito humanitário aplicáveis aos conflitos armados são fundamentais para o respeito da pessoa humana e de considerações elementares da humanidade, *constituindo estes princípios, incluindo a cláusula, normas jurídicas* em face das quais a conduta em contexto de guerra é aferida pelos tribunais (para. 215).

Tendo examinado várias proteções especiais para mulheres do direito humanitário internacional, considerou que estas expressões de proteção especial, entendidas em conjunto com a proteção da cláusula, eram suficientes para concluir que havia uma base jurídica plausível para condenar Kononov por um crime de guerra em separado no que diz respeito à queima até a morte da senhora Krupniks (para. 218).

10.4. Outros

A cláusula é citada pelo Manual Britânico de Direito Militar, juntamente com o princípio do cavalheirismo, como um argumento para estabelecer parâmetros para os tipos e graus de violência que podem ser utilizados por um beligerante²⁰⁴.

A declaração do tribunal em Nicaragua foi invocada pelo Secretário-Geral da ONU (SG), no seu relatório sobre o Estatuto do Tribunal Penal para a Antiga Jugoslávia (ETPIAJ), afirmando que, no contexto de crimes contra a humanidade, é de notar que o TIJ tenha reconhecido que *as proibições contidas no artigo 3 comum se baseiam em considerações elementares de humanidade e que não podem ser violadas em caso de conflito armado, independentemente de saber se este é internacional ou interno*²⁰⁵.

Em *Nuclear Weapons*, se alguns Estados incluindo a Austrália, México, Irão, Nova Zelândia, Zimbabué, Nauru e Malásia consideraram a ameaça ou uso de armas nucleares ilegal, entre outras razões, porque violaria a cláusula, outros, em menor número, tal como o RU e os

²⁰¹ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura*, 11 de Março 2005, para. 17.

²⁰² ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Furundžija*, 10 de Dezembro 1998, para. 137.

²⁰³ ECHR, Judgment, Grand Chamber, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 17 de Maio 2010 (*Kononov II*)

²⁰⁴ Cf. MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 22.

²⁰⁵ REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL PURSUANT TO SECURITY COUNCIL PARAGRAPH 2 OF RESOLUTION 808, U.N. Doc. S/25704, and Add. 1, 1993.

EUA, sustentaram a ideia de que a cláusula meramente serve como rejeição de um argumento *a contrario*, ao passo que a Rússia sustentou a sua inaplicabilidade hodierna²⁰⁶.

Os relatores da ONU também se têm baseado em considerações elementares de humanidade na avaliação da proteção das normas humanitárias e dos direitos humanos em vários países²⁰⁷.

O Conselho de Segurança (CS) invocou considerações elementares de humanidade, *fora do contexto de conflitos armados*, para condenar o uso de armas contra aeronaves civis em voo, descrevendo tal uso como *incompatível com considerações elementares de humanidade*²⁰⁸.

10.5. Conclusão

Tanto o contexto histórico como a prática jurisprudencial e estatal dão alento à ideia de que a cláusula pode ser mais do que um mero adjuvante interpretativo. Tendo em devida conta que existem inúmeras decisões em que a cláusula poderia ter sido invocada e não o foi, há também que salientar que não se conhecem decisões em que se tenha negado valor jurídico à cláusula. Daí que, pelo menos, já estaria certo quem rejeitava qualquer interpretação histórica restritiva dela, que não seria suportada por eventos posteriores incluindo Nuremberga e *Rauter*²⁰⁹.

Aliás, perante todos estes casos não se pode deixar de anotar o possível acerto da opinião de que, aqueles que atacam, de um ponto de vista positivista, esta crescente jurisprudência como falha, acabam por entrar em contradição com a ideia positivista do direito como sistema fixo de regras estabelecidas em tratados e jurisprudência²¹⁰.

11. O que será esse algo mais?

11.1. Fontes independentes do direito da guerra

11.1.1. A cláusula como autoridade autossuficiente e conclusiva

Que a cláusula deve ser vista como um fator dinâmico proclamando a aplicação dos princípios em si mencionados independentemente de desenvolvimentos subsequentes nos tipos de situação ou tecnologia²¹¹ também é decorrência literal e lógica do próprio texto da disposição.

²⁰⁶ CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, pp. 210 e 211.

²⁰⁷ MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 22.

²⁰⁸ *Security Council Resolution 1067*, 28 de Julho 1996, para. 6.

²⁰⁹ Neste sentido, RÖLING, BERNARD, *International Law in an Expanded World*, Djambatan, 1960, pp. 37 e 38.

²¹⁰ ASSIM, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 5.

²¹¹ COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, Sandoz/ Swinarski/Zimmermann, *International Committee of the Red Cross*, Martinus

O que se tem aqui em vista parece ser que a cláusula fornece autoridade para tratar os princípios da humanidade e os ditames da consciência pública como *princípios de direito internacional*, deixando o preciso conteúdo do *standard* neles implícitos ser apurado à luz de condições que mudam, inclusive mudanças nos meios e métodos de guerra e perspectiva e níveis de tolerância da comunidade internacional²¹².

Os princípios permaneceriam constantes, mas o seu efeito prático variaria consoante os tempos, podendo justificar um método de guerra numa época e proibi-lo noutra²¹³. Assim, por exemplo, essas variações incluiriam mudanças nas normas e níveis de tolerância concernentes ao homicídio ‘aceitável’ de civis²¹⁴, podendo dar-se o caso de, “mesmo tendo os juízes dado uma interpretação consistente dos princípios ao longo dos tempos, o seu efeito prático, no que diz respeito ao homicídio em massa de grupos de civis, ter mudado de justificação lícita para proibição criminal”²¹⁵.

A cláusula forneceria assim “autoridade autossuficiente e conclusiva para a proposição de que *já estavam em existência princípios de direito internacional* à luz dos quais as considerações de humanidade poderiam em si exercer efeitos jurídicos *para governar conduta militar* em casos em que nenhuma regra relevante estivesse prevista no direito convencional [...] não sendo, por conseguinte, necessário encontrar noutra lugar a existência independente de tais princípios do direito internacional, pois *a fonte dos princípios residiria na própria cláusula*”²¹⁶.

Seria papel dos tribunais determinar a existência de tais leis da humanidade e ditames da consciência pública, sendo que para chegar a essa conclusão, eles deveriam olhar para os pontos de vista dos estados, os quais seriam relevantes apenas enquanto indicativo do estado da consciência pública e não com a finalidade de determinar se existe uma *opinio juris*²¹⁷.

11.1.2. A opinião dos estados desempenharia um papel diferente em comparação com o exigido no processo costumeiro

Nijhoff Publishers, para. 55. Esta afirmação é feita a propósito de uma versão modernizada da cláusula inserida no artigo 1 (2) do PA-I.

²¹² Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 406.

²¹³ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 406. Cf., também, o comentário dos autores do Manual de Oxford de que um beligerante ao recorrer a represálias teria que respeitar as leis da humanidade qualquer que fosse o seu conteúdo num determinado momento. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 54.

²¹⁴ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 14.

²¹⁵ SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 17.

²¹⁶ *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 408. Itálicos adicionados.

²¹⁷ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 410.

A ideia assim avançada poderia ser entendida no sentido de que a cláusula não transforma, imediata e diretamente, as leis da humanidade e os ditames da consciência pública em *standards* jurídicos internacionais, mas permite a cristalização nesses *standards* apenas daqueles ‘princípios’ que os estados considerem, num determinado momento, como consonantes com eles²¹⁸. Os estados funcionariam como uma “espécie de filtro” projetado, tanto para prevenir a arbitrariedade ou, pelo menos, avaliações subjetivas por parte dos tribunais e outros intérpretes, como para tornar a elevação de princípios a *standards* jurídicos internacionais dependente da aprovação dos estados, sendo claro que assim a opinião dos estados desempenharia um papel diferente do que o exigido no processo costumeiro e, adicionalmente, nenhuma prática seria necessária, ao contrário do que é exigido no processo costumeiro²¹⁹.

Se se considerar que a expressão de opinião de um estado sobre o que considera ser direito é a sua *opinio iuris* e a sua prática estatal parece que o que caracteriza esta ideia é que não teria de haver um consenso tão grande na *opinio iuris* dos estados quanto aquele que é exigido para a criação de uma norma costumeira. Ou, possivelmente, a opinião sobre o que é necessário que seja direito também valesse como *opinio* para o efeito, talvez a tal *opinio necessitaties*.

Em qualquer dos casos, não é claro, no entanto, qual o limiar exigido. Além de que parece que na perspectiva em análise ele poderia ser muito baixo, podendo o tribunal determinar ser um dado o estado da consciência pública ou da humanidade, mesmo que chegue à conclusão de que a maioria dos estados tem uma opinião de sentido contrário.

Seria ainda de anotar que, depois de aceite um princípio de direito internacional por este processo, a aplicação do princípio a um caso particular não exige prova da existência de uma *opinio juris* em cada caso em particular pois, se assim fosse, estar-se-ia na estranha presença de um princípio que não pode ser aplicado sem prova de uma *opinio juris* que apoiasse cada sua aplicação²²⁰. Seria parte da função judicial tomar os princípios de aplicação geral, elaborar o seu significado e aplicá-los a situações específicas²²¹. Mas há que ter em atenção que só no confronto com o caso concreto é que se determina o âmbito real de aplicação de um suposto princípio existente²²².

²¹⁸ Cf., sobre esta interpretação da posição do juiz Shahabuddeen, CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 192.

²¹⁹ Esta interpretação da posição em análise em CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 192.

²²⁰ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 398.

²²¹ Assim, *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Higgins, *Nuclear*, p. 591.

²²² Cf. *infra* Parte V, 1.4., em especial, 1.4.6.3.

Uma variante daquela ideia em análise, com foco ainda maior nas exigências da consciência pública, sustentaria que existe no direito internacional – a par do processo de criação de normas costumeiras – um outro processo de criação de normas, um “processo de reconhecimento jurídico” das ditas exigências, em que as regras surgem através de um processo diferente *porque eram originalmente normas morais*, que antes de se terem tornado normas jurídicas internacionais eram *desprovidas de qualquer valor jurídico ou prático na comunidade internacional*, e cujo “reconhecimento jurídico” nesta comunidade normalmente ocorre através da sua repetição em disposições de tratados internacionais ou da acumulação de declarações estatais²²³.

Ou ainda uma outra ideia importante se poderia apresentar: a de que o que parece estar aqui em causa *não são simplesmente três fontes de direito* – o uso ou prática estabelecida, as leis da humanidade e os ditames da consciência pública – mas também *princípios de direito internacional* resultantes de qualquer uma dessas três fontes ou *da sua significação combinada*²²⁴.

11.1.3. Não só fontes mas também princípios

De forma similar à última ideia, acentuar-se-ia que, referindo-se a cláusula *não só a fontes mas também a princípios*, existiria aqui um esbater da dicotomia fonte/princípio normativo²²⁵, dicotomia esta ilustrada pelas novas versões da cláusula inseridas nos protocolos adicionais.

“Nos casos não previstos pelo presente Protocolo ou por outros acordos internacionais, as pessoas civis e os combatentes permanecem sob a salvaguarda e autoridade dos princípios do direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos princípios da humanidade e das exigências da consciência pública” (artigo 1 (2) do PA-I). “Para os casos não previstos pelo direito em vigor, a pessoa humana permanece sob a salvaguarda dos princípios da humanidade e das exigências da consciência pública” (preâmbulo do Protocolo Adicional II (PA-II)).

Dir-se-ia que os redatores do PA-I, ao substituírem o termo ‘usos’ pelo termo ‘costume estabelecido’, fizeram confluir o produto emergente (os princípios de direito internacional) com um dos seus componentes (o costume estabelecido), o que levantaria questões sobre a função, papel e necessidade dos não codificados princípios da humanidade e ditames da consciência pública, e conduziria em último termo à afirmação de que a cláusula teria perdido a sua

²²³ Assim, SPERDUTI, GIUSEPPE, *Lezioni di diritto internazionale*, 1958, pp. 68 a 74, *apud* CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 191, n. 6.

²²⁴ Assim, STREBEL, HELMUT, “Martens Clause”, R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1997, p. 327.

²²⁵ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 9.

coerência original²²⁶. Já quanto ao PA-II, e à sua omissão da referência aos usos ou costume, alude-se a que provavelmente a conferência diplomática que adotou o protocolo teve relutância em impor obrigações extensivas para os estados no que diz respeito a conflitos domésticos²²⁷.

Tanto o ressaltar da confluência é certo como a alusão a esta possibilidade é verosímil. Quanto à confluência, de facto e se se seguir aquela primeira aproximação ao sentido da cláusula, o *usus* estabelecido transformar-se-ia em costume/princípio de direito internacional através da adição de *opinio iuris*, não se percebendo qual é a lógica de considerar que o costume estabelecido (*usus* mais *opinio*) dá, e como é que dá, origem a um princípio de direito internacional. Já mais lógica, e quanto à possibilidade, teria sido a eliminação em causa no PA-II pois, e continuando-se a seguir aquela aproximação, aparentemente teria sentido olhar para os princípios resultantes do uso estabelecido como mais invasivos da soberania do que os princípios resultantes das leis da humanidade e ditames da consciência pública. Possibilidade reforçada pela omissão no PA-II da referência aos combatentes.

Porém, tal como avançado em relação ao original da cláusula, também é bem possível que nestes dois momentos não só a noção de costume e a de princípios de direito internacional não fossem vistas da mesma forma pelos diferentes delegados, como a relação entre ambos os conceitos, e entre eles e os princípios da humanidade e ditames da consciência pública, estivesse ainda longe de ser clara. Enfim, é difícil encontrar uma explicação consistente para as sucessivas opções, para o que com grande probabilidade contribuiu a dificuldade inerente àquela dicotomia.

Seja como for, parece se poder sustentar que os princípios e as exigências são expressamente reconhecidos tanto como fontes como quanto normas de direito internacional, sendo problemático estabelecer uma dicotomia cortante entre interpretações que tratam a cláusula ou como “fonte-fundamento” ou como norma independente pois, na prática, as duas ideias sobrepõem-se, esbatendo qualquer distinção clara²²⁸. É possivelmente também correto que é fútil, por exemplo, e aqui começa a desvendar-se o caminho que se percorrerá, distinguir a cláusula, como fonte histórica da infração ‘crimes contra a humanidade’, da circunstância de que condutas que caíssem no âmbito desta infração já seriam efetivamente consideradas *criminosas* pela cláusula entendida como norma pré-existente²²⁹.

E, o aceitar destas “normas *latas residuais*” em substituição da arbitrariedade do comandante²³⁰, ou identicamente que a cláusula seja fonte de, ou contenha, normas

²²⁶ Assim, MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, pp. 80 e 81 considerando como não claro que os redatores tenham querido ou sequer se apercebido do resultado.

²²⁷ Assim, MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, p. 81.

²²⁸ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 14.

²²⁹ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 14, usando, em vez de ‘criminosas’ o termo ‘ilegais’.

²³⁰ MERON, THEODOR, *Bloody Constraint: War and Chivalry in Shakespeare*, Oxford University Press, 2000, p. 14.

jurídicas autónomas para proteger os civis e os beligerantes, não significa que o seu texto esclareça se – e em caso afirmativo exatamente em que circunstâncias e medida – as considerações humanitárias ou as exigências da consciência dariam origem diretamente, *per se*, a obrigações jurídicas específicas aplicáveis em matéria de atrocidades, tal como se esperaria de normas jurídicas mais detalhadas²³¹.

Será também de acompanhar a asserção de que “quer seja tratada como *fonte* quer como *norma* quer como *combinação das duas*, um ponto crucial é o de que, durante certos episódios decisivos para o desenvolvimento do direito internacional humanitário, os juízes fundaram-se nesta cláusula como autorização jurídica para o desenvolvimento de regras jurídicas consistentes com as implicações dos *standards* dela”²³².

11.2. Fontes independentes em situações concomitantes a guerra e em paz

11.2.1. Humanidade sim, mas só em guerra

Acresce que, se se deixa seduzir, por princípio e para já sem qualificações, pelo ponto de vista anterior, parece que, no que diz respeito ao seu âmbito de aplicação, se pode afirmar que seja ela princípio, fonte ou algum sucedâneo mais complicado, ela é, ao jeito de *Krupp*, mais do que declaração piedosa, uma cláusula geral que torna tais usos, leis e ditames em bitolas jurídicas a serem aplicadas não só em guerra, mas também em *situações concomitantes* a guerra²³³.

Ou ainda, pode-se dar um passo mais arriscado, e falar do efeito que rege esta cláusula “soberana”, que na verdade afirma “com poucas palavras o *todo* princípio que dá vida ao e que motiva o direito da guerra, e na verdade *todo o direito*”, pois o objeto de todo o direito é o de que, tanto quanto possível, seja assegurado, nas relações mútuas entre os seres humanos, um governo com base no direito, na justiça e na humanidade²³⁴.

Aliás, avançar que a interpretação de que aquilo que são as leis da humanidade e os ditames da consciência pública se deve compadecer com distinções jurídicas finas relacionadas com o direito da guerra é desconcertante. Na verdade, se as leis da humanidade e as exigências da consciência pública têm conteúdo diferente em paz e em guerra, parece ser de entender que, por princípio, serão menos exigentes em guerra. A

²³¹ ASSIM, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 13. As referências às exigências da consciência e à proteção dos beligerantes não constam do texto do autor citado.

²³² SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 14.

²³³ *Krupp*, pp. 14 e 15.

²³⁴ Assim, WRIGHT, LORD, “Foreword”, *Law Reports Of Trials Of War Criminals*, vol. XV, 1949, p. xiii.

não ser que se as interpretasse como inextricavelmente amarradas a considerações ligadas ao conflito armado e não a considerações mais básicas ligadas à natureza e às percepções de humanos que vivem independentemente da existência de um estado de guerra. Interpretação que, além de candidata a liminarmente desumana, não seria lógica e não resulta da redação da cláusula.

Dir-se-ia parecer indiscutível (talvez menos indiscutível de pontos de vistas mais positivistas) que tais leis e exigências passam, com as convenções de Haia, a ter um *status jurídico autónomo* que vale *tanto em guerra como em paz*.

Com esta interpretação que também poderia ser descrita como “ampla” e “teleológica”, a função básica da cláusula seria a de “tornar clara a existência” de princípios de direito internacional que regem por referência a tais usos, leis e ditames²³⁵.

Assim estes “novos” processos de criação de normas previstos na cláusula aplicam-se a todo o direito internacional e não só ao direito humanitário²³⁶. Esta conclusão estaria também em sintonia com a parte inicial do preâmbulo em que as partes declararam desejar servir, *mesmo no caso extremo que é a guerra*, os interesses da humanidade e as necessidades em constante progresso da civilização, o que poderia indicar que os princípios do direito das gentes, tal como resultam dos usos, leis e exigências ali previstos se aplicam não só em paz mas *até* no caso extremo de guerra.

Que só com a Segunda Guerra e atrocidades acompanhantes se tenha tornado claro o campo de aplicação desta ideia e que só em Nuremberga se tenha, pela primeira vez, ainda que relutantemente, tornado evidente o seu alcance jurídico, não parece podê-la abalar. Surpreende-se então a ideia de que, por mais que os “factos demasiado bárbaros e graves” e “as terríveis condutas”, fossem “inimagináveis”, “impensáveis”, “para além da antecipação da lei”²³⁷, tal não quer dizer que o direito vigente à altura da sua prática não pudesse compreender já a adequada consequência jurídica. As conclusões de Nuremberga não são aliás inusitadas tendo em conta haver antecedentes: a ‘tal possibilidade’²³⁸, os ‘tais escritos disseminados’²³⁹, a ‘tal declaração’²⁴⁰, o ‘tal

²³⁵ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 13, referindo-se somente a princípios residuais que governam a conduta de militares e oficiais de estado por referência a princípios de humanidade.

²³⁶ Assim, SPERDUTI, GIUSEPPE, *Lezioni di diritto*, pp. 68 a 74 *apud* CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 214, n. 77.

²³⁷ BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 95.

²³⁸ A possibilidade de ingerência humanitária (cf. *infra* Parte II, 4.6.3.).

²³⁹ Doutrina que sustentava a possibilidade anterior (cf. *infra* Parte II, 4.6.2.).

²⁴⁰ Declaração de governos em 1915 sobre os massacres da população arménia (cf. *infra* Parte II, 4.6.3.).

relatório²⁴¹ e a sugestão de que os princípios da humanidade limitavam o âmbito das represálias admissíveis em tempo de paz²⁴².

E isso mesmo que a proposição jurídica aqui em causa resultasse de um tratado destinado a regular a guerra e celebrado num momento em que os impulsos soberanistas poderiam ter sido obstáculo a uma positivação mais clara de tal suposta ingerência.

A ideia que, neste contexto, se pode aduzir é a de que, quando os estados celebraram a CH 1899 pretendiam estabelecer regras que protegessem as populações e os beligerantes em caso de conflito armado pois é nestas situações que a propensão para o cometimento de atrocidades é maior.

E assim poder-se-ia aceitar normalmente que a cláusula proibisse o tratamento atroz de civis e beligerantes durante a guerra por parte de oficiais do estado, proibição esta que se estenderia, do mesmo passo, a tempos de paz e que certamente compreenderia um programa de deliberado e sistemático extermínio²⁴³.

11.2.2. Em paz não e agora também não em guerra

Porém, como já se deixou entrever, especialmente pela referência à parte do preâmbulo que se refere a (mesmo no) ‘caso extremo que é a guerra’, a abordagem poderá ter que ser outra pois essas atrocidades, contrárias aos princípios de humanidade e à consciência universal, devem ser proibidas em tempo de conflito armado *também*, pois os usos, leis e ditames já as proíbem em tempo de paz. De forma discutível (menos discutível de um ponto de vista menos positivista), estas leis da humanidade e exigências da consciência pública, já existiam como direito internacional antes das convenções de Haia.

²⁴¹ Relatório da Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e sobre a Aplicação de Sanções (Relatório da Comissão). Cf. 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.

²⁴² “[La représaille] est limitée par les expériences de l’humanité”. Recueil Des Sentences Arbitrales, Responsabilité de l’Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l’Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (*Portugal contre Allemagne*), vol. II, 31 de Julho 1928, p. 1026. Esta afirmação foi proferida por um tribunal arbitral, numa decisão respeitada pela comunidade internacional como sendo de autoridade, apesar do caráter *ad-hoc* do tribunal e da sua composição. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 8, n. 19.

²⁴³ Cf. SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause: The Codification of ‘Crimes Against Humanity’ Applicable to Acts of Genocide”, *International Humanitarian Legal Studies* 2, 2011, p. 252, aventando apenas uma “extensão potencial”. O Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR) sustentou que o princípio de humanidade foi estendido a conflitos não internacionais pelo Artigo 3 Comum. ICTY, Decision on Count Seven of Amended Indictment, – Violence to Life, Health and Physical or Mental Well-Being of Persons, *Prosecutor v. Karemera*, 5 de Agosto 2005, para. 9.

O que se sugere é que se ‘quis’ constatar, pois podiam existir dúvidas, que os princípios em causa também se aplicam em guerra. *Até em guerra* há a proteção pelos tais princípios. As populações e os beligerantes *permanecem* protegidos. Os estados ‘estenderiam’ assim, com as convenções, a proibição de atrocidades em tempo de paz a situações de guerra. Em termos de ‘direito de letra preta’, o que sucedeu é que os estados reconheceram que esses princípios existiam, ao mesmo tempo que os declaravam expressamente aplicáveis também ao estado de guerra.

A objeção que já se adivinha é a de que, ciosos da sua soberania, os estados só pretenderiam regular a conduta em tempo de guerra e nunca permitir ingerência nos seus assuntos internos, donde que a proposta seria contrária aos princípios elementares de interpretação. Ao que se poderia acrescentar que nenhum dos tratados de direito humanitário antes das CG 1949 tinha tratado de conflitos armados internos, ao que se aliaria a ideia de que os insurgentes só deveriam ter direito à proteção da lei, quando no controle de território e quando tivessem apoio suficiente da população que lhes permitisse exercer funções do tipo governativo²⁴⁴.

Contudo, apesar de só desenganadoramente declarado em 2005 que “cada estado tem a responsabilidade de proteger as suas populações contra o genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade”²⁴⁵ e que semelhante responsabilidade cabe à comunidade internacional²⁴⁶, as considerações até agora tidas tornam não crível a afirmação de que as atrocidades estatais contra o seu próprio povo estariam juridicamente desabrigadas antes da Segunda Guerra. Não deixa, de alguma forma, de reforçar o dito que nenhum estado pareça ter arguido a legalidade de tais condutas²⁴⁷.

Talvez o que alguns, com ‘impulsos soberanistas mais apressados’, poderiam avançar é que ‘ninguém de fora’ tinha algo a ver com isso, sugerindo-se então uma espécie de crime contra a humanidade de direito interno. A inadmissibilidade jurídico-internacional de tais atrocidades até já há muito estava estabelecida, de par com o reconhecimento da possibilidade de ingerência humanitária nessas situações. E não parece que a ‘dominância’ da escola positivista, desde os finais do século XVIII, para a qual a noção de que o direito internacional regularia o comportamento dos governos para com os seus cidadãos seria anátema²⁴⁸, possa mudar a posição adotada.

²⁴⁴ Alusão a estas objeções em SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 134.

²⁴⁵ Resolução 60 (1), 24 de Outubro 2005, para. 138.

²⁴⁶ Resolução 60 (1), 24 de Outubro 2005, 24 de Outubro 2005, para. 139.

²⁴⁷ SMITH, ROGER, “State Power and Genocidal Intent: On the Uses of Genocide in the Twentieth Century”, Chorbajian/Shirinian (eds.), *Studies in Comparative Genocide 9*, New York, St Martin's Press, 1999 *apud* SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 162, argui, a propósito do genocídio, e de forma ligeiramente diferente, que há, certamente, uma admissão implícita da criminalização do comportamento no século XX porque nenhum estado envolvido em tal conduta a admitiu.

²⁴⁸ RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 3ª Edição, Oxford University Press, 2009, p. 4.

Melhor então lembrar aqui que o princípio, de que a “exclusividade da jurisdição interna pára quando o ultraje à humanidade começa”, remonta, certamente, a Grotius²⁴⁹ que provavelmente cingia a possibilidade de guerras de intervenção a casos extremos²⁵⁰, no sentido em que nas suas palavras se um governante “infligir aos seus súbditos um *tratamento tal que a ninguém se autoriza infligir*, o exercício do *direito tido pela sociedade humana não é impedido*”²⁵¹. Um estado que seja opressor e viole os *direitos humanos básicos de forma ultrajante perde a sua reivindicação moral a soberania absoluta*²⁵².

Uma diferente abordagem não parece correta. Os estados em guerra internacional colocar-se-iam sob os usos estabelecidos, as leis da humanidade e os ditames da consciência pública, mas se o conflito armado fosse interno, ou nem sequer de conflito armado se pudesse falar, tais usos, leis e ditames já não teriam de ser respeitados. Nada permite presumir que os princípios elementares do direito das gentes só existem quando as nações estão em guerra²⁵³. A ideia veiculada pelo TIJ de que há obrigações mais prementes em paz do que em guerra vem na esteira daquela mais antiga de que há certas coisas que *nem ao inimigo se podem fazer*²⁵⁴. Se a ideia de que a humanidade é mais exigente em paz do que em guerra deve ser escrutinada com bastante cuidado e até pode aparecer por vezes como incorreta, já o entendimento de que ela só existe em guerra e não em paz não é de sufragar.

Os estados expressaram num tratado que existiam os tais princípios resultantes dos tais usos, leis e exigências. Há então que perguntar se não se deve presumir que esses princípios existiam e se não se declarou apenas, e mais simplesmente, que o evidente em paz se ‘estendia’ à guerra.

Respondendo-se afirmativamente seria de perguntar também quais seriam então os princípios do direito das gentes que resultariam, por exemplo, das leis da humanidade. No mínimo, e aceitando-se que a preservação da espécie humana e da civilização constitui o

²⁴⁹ Mas talvez mais bem atribuído a Gentili que, ao defender o direito de os estados travarem guerras em defesa dos direitos comuns da humanidade, mencionava não só direitos como a liberdade dos mares mas também direitos humanos. Cf. MERON, THEODOR, “Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez”, *The American Journal of International Law*, vol. 85, n.º 1, 1991, *passim*, em especial, p. 114.

²⁵⁰ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Grotian Tradition in International Law”, *23 The British Year Book of International Law* 1, 1946, p. 46.

²⁵¹ GROTIUS, HUGO, *The Law of War and Peace*, Livro II, Capítulo XXV, Secção VIII (itálicos acrescentados).

²⁵² Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 27, referindo-se ao argumento avançado por Grotius.

²⁵³ Ou que só se aplicam em situações de ocupação ou à utilização de certos tipos de armas. Repare-se além do mais que a cláusula está inserida num tratado que se refere não só à ocupação ou a certas armas mas, mais em geral, também à conduta das hostilidades *in toto*.

²⁵⁴ GROTIUS, HUGO, GROTIUS, HUGO, *The Law of War and Peace*, Prologómenos, Secção XXVI.

objetivo final de um sistema jurídico, incluindo o de direito internacional²⁵⁵, o primeiro princípio é o de que é proibido matar a humanidade. O segundo, o de que é proibido matar determinado povo com intenção de destruir essa ‘parte da humanidade’.

Estas proibições resultariam também dos ditames da consciência pública. E certamente que se pode afirmar que tanto o não matar a humanidade como o não matar um povo com intenção de o destruir eram *usus* ‘bem estabelecidos’ entre as nações civilizadas. Com o que tais comportamentos violariam princípios resultantes das três vertentes da cláusula ou da sua “consideração combinada”. A propósito da perda de um reino, Grotius avançava que tal teria lugar “se um rei tomar o rumo de *destruir todo um povo com uma verdadeira intenção hostil*” e que tal poderia suceder quando “um rei *governa vários povos e possa querer ter um povo destruído*, a favor de um outro, para que possa colonizar o território *assim vago*”²⁵⁶.

Não está escrito na cláusula que a humanidade tem de continuar mas a assunção de que continuará não parece menos fundamental por ser implícita²⁵⁷. Ou, recorrendo a uma vertente mais filosófica do direito, o que estaria aqui em causa seria de uma natureza mais fundante.

“Um comprometimento com algo pressuposto pelos termos da discussão, pois a preocupação seria com arranjos sociais para uma existência continuada e não com os de um clube de suicídio, existindo certas regras de conduta que qualquer organização social deve conter, se se pretencer viável, constituindo tais regras um elemento comum à lei e à moralidade convencional de todas as sociedades que avançaram até ao ponto onde se distinguem enquanto diferentes formas de controlo social e, tendo tais princípios de conduta universalmente reconhecidos como sua base verdades elementares sobre os seres humanos, o seu ambiente natural e os seus objetivos, podem ser considerados o conteúdo mínimo do direito natural, em contraste com as construções mais grandiosas que têm sido muitas vezes disso proferidas à luz desse nome”²⁵⁸.

Como se entende com facilidade não tem sentido proibir matar a humanidade, ou só parte dela, somente em tempo de guerra. Por isso é que os estados teriam dito ‘*mesmo em guerra*’.

Argumenta-se neste contexto – a propósito do relacionamento entre o direito dos direitos humanos e o direito humanitário, no sentido de que partilham características há

²⁵⁵ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 380.

²⁵⁶ GROTIUS, HUGO, *The Law of War and Peace*, Livro I, Capítulo IV, Secção XI (itálicos adicionados).

²⁵⁷ Cf, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 381, a propósito não da cláusula mas do preâmbulo da carta da ONU.

²⁵⁸ HART, HERBERT, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961, pp. 188 e 189. Cf., também, *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, pp. 519 e 520.

mais de 100 anos, e da circunstância de que as origens da proteção de civis já podem ser encontradas pelo menos no século XIX²⁵⁹ – que estes amparos também valiam em paz uma vez que se tinham desenvolvido normas antes do final do século XIX, fora do âmbito do direito dos conflitos armados, para proteger indivíduos que um estado não quisesse, ou não pudesse, defender²⁶⁰. E acrescenta-se que foram aprovados vários tratados e várias medidas específicas adotadas para proporcionar tais proteções, existindo assim não só retórica mas também prática estatal²⁶¹.

Seja como for, a supostamente não prevista incursão na soberania nacional seria mitigada se se afirmasse que só as atrocidades com repercussões internacionais estariam cobertas. É com este sentido que se entende a referência em *Krupp* a uma situação concomitante à guerra.

Que as atrocidades em causa em tempo de paz podem ser consideradas como situação concomitante à guerra não parece ser de rejeitar. O uso das forças armadas para o cometimento dessas atrocidades pode ser argumento para precisasse de reforçar uma resposta neste sentido.

Quando cerca de um século mais tarde o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia (TPIAJ) em *Tadić* ‘estendeu’ algumas leis da guerra a conflitos não internacionais, pode-se dizer que, de forma ‘mais tímida’, estava imbuído do espírito subjacente a esta abordagem. E também entendeu, com a mesma ‘confrangedora timidez’, que *agora* o direito internacional consuetudinário poderá não requerer uma conexão entre os crimes contra a humanidade e a existência de um qualquer conflito²⁶².

11.2.3. Lotus e a soberania

Um outro, próximo, raciocínio, de cunho mais sistemático e ‘menos agarrado’ à interpretação da cláusula, se poderia adaptar a resultado semelhante.

Em *Lotus*, 1926, a Turquia iniciou um procedimento criminal contra um cidadão francês que estava ao comando de um navio igualmente francês que colidiu com um navio turco, de cuja ocorrência resultou a morte de oito turcos. A França protestou, alegando que as autoridades turcas não tinham jurisdição e o TPJI foi questionado sobre a existência no direito internacional de uma qualquer norma que impedisse a Turquia de exercer jurisdição sobre os eventos. Partindo do ponto de vista segundo o qual não se procurava identificar os princípios de direito internacional que teriam *permitido* à

²⁵⁹ Assim, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, pp. 131 a 138.

²⁶⁰ Assim, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 141.

²⁶¹ Assim, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 141. Com o que se poderia facilmente concordar. Mas talvez se esteja ainda a tentar justificar de uma perspectiva de ‘direito já posto’ um passado que ainda estava mais ligado a um direito de práticas não escritas e que era visto como mais natural.

²⁶² ICTY, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, 2 de Outubro 1995, para. 141 (*Tadić Jurisdição Recurso*).

Turquia instaurar o procedimento penal, mas antes identificar e formular os princípios que “eventualmente *teriam sido violados* com esse procedimento”²⁶³, o tribunal afirmou:

“O direito internacional rege as relações entre Estados independentes. As regras de direito que ligam os estados, portanto, emanam da sua livre vontade, manifestada *em convenções ou em usos geralmente aceites como consagrando princípios de direito e estabelecidos* a fim de regular as relações entre essas coexistentes comunidades independentes ou com vista à realização de objetivos comuns. As limitações à independência não se presumem.

Assim, a limitação primordial imposta pelo direito internacional a um Estado – ressalvada a existência de uma regra permissiva em contrário – é a exclusão de todo o exercício do seu poder no território de outro estado. Neste sentido, a jurisdição é, certamente, territorial; ela não pode ser exercida fora do seu território, salvo por força de uma norma permissiva derivada do *direito internacional costumeiro ou de uma convenção*”²⁶⁴.

O tribunal, ao verificar se existia ou não uma norma de direito internacional que limitasse a liberdade dos estados para estender a jurisdição penal dos seus órgãos jurisdicionais naquele caso²⁶⁵, chegou à conclusão de que não existia qualquer princípio de direito internacional, na aceção do artigo 15 da Convenção de Lausanne de 24 de Julho de 1923, que impedisse a instituição do processo penal em questão e, por conseguinte, a Turquia, instituindo, em virtude da discricção que o direito internacional deixa a cada estado soberano, o procedimento penal em questão, não teria, na ausência de tais princípios, atuado de forma contrária aos princípios do direito internacional²⁶⁶.

Apesar de poder ser verdade que *Lotus* expressa o espírito da época, o espírito de uma sociedade internacional que ainda tinha poucas instituições e governada por um direito internacional de estrita coexistência, em si um reflexo do vigor do princípio da soberania do estado²⁶⁷, não há qualquer fundamento convincente para a visão de que *Lotus* partiria da suposição de que os Estados teriam uma “soberania absoluta” que lhes conferiria o direito de fazer qualquer coisa, “independentemente do quão horrível ou repugnante fosse para a comunidade internacional”, a não ser que pudesse ser demonstrado que fosse proibido pelo direito internacional²⁶⁸ de forma específica.

²⁶³ Assim, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso português*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 303.

²⁶⁴ *Lotus*, pp. 18 e 19 (Itálicos adicionados para realçar o aparente uso intercambiável de ‘usos geralmente aceites como consagrando princípios de direito e estabelecidos’ e ‘costume’).

²⁶⁵ *Lotus*, p. 21.

²⁶⁶ *Lotus*, p. 31.

²⁶⁷ *Nuclear Weapons*, Declaration of President Bedjaoui, p. 270, para. 12.

²⁶⁸ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 393.

De facto, a ideia de supremacia interna associada ao conceito de soberania em direito doméstico não é “limpidamente aplicável” quando esse conceito é transposto para o plano internacional onde a existência de várias soberanias lado a lado coloca limites à liberdade de cada Estado de agir como se os outros não existissem, definindo esses limites um “*quadro estrutural objetivo*” no qual a soberania tem de necessariamente existir, estando o quadro, e os seus limites definitórios, implícitos na referência em *Lotus* a *coexistentes comunidades independentes*²⁶⁹.

Aliás, se, segundo algumas interpretações, o *corpus* de direito internacional assinalado em *Lotus* era constituído, apenas, por regras de direito internacional *específicas*, a melhor interpretação parece ser a de que a soberania está limitada pelo direito internacional *in toto*²⁷⁰.

Em suma, por maior que seja o alcance que apresentem os direitos conferidos pela soberania, eles não se podem estender além do quadro em que a soberania em si existe; em particular, não podem violar o quadro, excluindo este o direito de um estado embarcar num curso de ação que possa “desmantelar a base do quadro”, colocando um fim à civilização e aniquilando a humanidade²⁷¹. Além de que exclui a possibilidade de violar o quadro através de condutas que pelas suas repercussões na comunidade mundial abalam de forma grave o quadro. Não estaria assim em questão que um estado esteja proibido de exercer um direito que, a não ser pela proibição, ele teria, mas o facto de que um estado não poder, à partida, ter tal direito²⁷².

12. Generalidade, indeterminação, direito penal e armas nucleares

12.1. As preocupações

Dir-se-ia patente que a generalidade e indeterminação de tal cláusula não permite que possa servir de norma jurídica, não só não sendo de molde a regular a conduta estatal como também e, de suma importância, nunca se podendo usar uma cláusula com tais características como fundamento para a criminalização de um determinado comportamento pois não há crime sem lei e a lei tem de ser clara.

Assim se dá um passo para a identificação de algumas preocupações que estão na base das interpretações mais restritivas do âmbito da cláusula e que procurariam

²⁶⁹ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 393, afirmando que esta foi uma ideia posteriormente melhorada pela carta da ONU, em que uma ênfase notável em matéria de cooperação foi adicionada.

²⁷⁰ Neste sentido, também, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 311.

²⁷¹ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 393.

²⁷² Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 393.

alicerce em princípios constitucionais liberais – aplicáveis em particular em relação a sanções penais – pois na esfera internacional, bem na do direito criminal a nível doméstico, a presunção do princípio de *Lotus* reiteraria um aspeto do liberalismo clássico, dos *standards* de processo justo e da consequente resistência a criminalizações retroativas²⁷³, além de que uma interpretação expansiva poderia não ser compatível com o princípio *in dubio pro reo*²⁷⁴.

A tanto se acrescentariam as preocupações positivistas tradicionais de otimização da certeza jurídica e da determinabilidade doutrinal, com a consequente redução do âmbito de princípios gerais amplamente definidos, especialmente aqueles com aspetos e/ou conotações moralistas e de direito natural²⁷⁵. A este respeito declara-se, por exemplo, que a indeterminação da “*substância da lei*” derivada de princípios gerais poderia ir contra o princípio da legalidade no direito criminal de forma similar ao que sucede quando se deduzem regras de direito costumeiro diretamente de tratados de direitos humanos para as aplicar em processos criminais²⁷⁶.

Como afirmado pela delegação dos EUA que se opôs à inclusão das leis da humanidade no Tratado de Versalhes, enquanto as leis e os costumes são um *standard* certo, encontrados em livros de autoridade e na prática das nações, as leis e os princípios da humanidade variam de acordo com o indivíduo, o que, se não por um qualquer outro motivo, deveria excluí-los de possível consideração num tribunal de justiça, especialmente em casos criminais²⁷⁷. Neste mesmo sentido, se avança que as “considerações políticas e moralistas” em tribunais internacionais poderiam refletir uma nova fonte de direito internacional a “emergir sob disfarce de costume”, “métodos inventivos de interpretação caprichosos” e que poderiam “desfazer a premissa” em que o conceito de costume se funda²⁷⁸.

Fixadas em sonhos de ciência jurídica, estas preocupações ‘alegariam’ que o significado de tais categorias variaria de uma interpretação e aplicação subjetiva para a seguinte, não sendo por conseguinte aptas a providenciar garantias eficazes perante a possibilidade de decisões judiciais arbitrárias, o que da mesma forma contrariaria o

²⁷³ Preocupações identificadas em SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 4.

²⁷⁴ Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, p. 278.

²⁷⁵ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 4.

²⁷⁶ Assim, ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature*, p. 32.

²⁷⁷ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, p. 134

²⁷⁸ ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature*, p. 74

princípio da legalidade²⁷⁹. Parece de facto ser tal quimera subjacente a afirmações como as de que o juiz internacional, munido de uma metodologia moderna, alicerça a sua análise em “considerações normativas” de forma a “preencher lacunas na realidade positiva”²⁸⁰.

Esta falta de contenção seria alegadamente contrária à lógica de um sistema jurídico moderno fundado em regras, na qual é a “execução judicial fiel do objetivo e dado significado das regras em si” (em oposição à subjetividade dos decisores) que determina com propriedade o resultado dos casos individuais²⁸¹.

Enfim, uma aplicação que consistisse apenas na cláusula poderia deixar a lei num “estado de fluxo constante”²⁸².

12.2. Relativização das preocupações

Partindo do princípio de que, quanto mais gerais e indeterminados os conceitos, maior a discricionariedade judicial e perigo de arbítrio, há que apontar para a provável inevitabilidade de tal situação. Isto pode causar algum desconforto a quem tenha uma visão de direito posto mais extremada, mas convém não esquecer que este desconforto, mesmo a nível doméstico e com *nulla crimine* supostamente bem mais robustos, permanece uma característica de sistemas penais – de todos estes aliás – que utilizam conceitos indeterminados sem os quais a sua operação eficiente não parece possível²⁸³ e nos quais as estreitezas supostamente adjacentes ao teor da lei escrita não são tão garantidoras como parece²⁸⁴.

²⁷⁹ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 4.

²⁸⁰ Afirmações em ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature*, p. 74.

²⁸¹ Preocupação identificada em SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 4.

²⁸² Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, p. 278.

²⁸³ ‘Especial censurabilidade ou perversidade do agente’, ‘relevante valor moral ou social’, ‘bons costumes’, ‘motivo não censurável’, ‘atividades perigosas ou desumanas’, ‘grave abuso de autoridade’, ‘tratamento cruel ou desumano’, ‘interesse público legítimo’, ‘justa causa’, ‘fundamento sério’, ‘boa-fé’, ‘conduta ilícita ou repreensível’, ‘restrições graves, injustificadas e prolongadas da liberdade’, ‘subtração ou destruição injustificada’, ‘infringir grosseiramente’, ‘grave ameaça’, ‘ameaça grave’, ‘censuravelmente’, ‘motivo relevante’, ‘atos ofensivos do respeito devido aos mortos’, ‘enriquecimento ilegítimo’, ‘grave incúria ou imprudência’, ‘sem justa causa’. Exemplos tirados de NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal – O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, p. 336, n. 86. O Supremo Tribunal dos EUA, em *Parker v. Levy* (1974), decidiu que uma disposição do Código Uniforme Militar de Justiça – a qual estabelece que um oficial condenado “*of conduct unbecoming an officer and a gentleman*” é punido tal como um tribunal marcial ordenar – não é nula por vaguidão. MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 11.

²⁸⁴ Assim, também, NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal”, pp. 416 e 417.

Por outro lado, continuam avisadas as considerações de que, apesar de a relutância em invadir a “província do poder legislativo” ser uma manifestação adequada de cautela judicial, já se ela for exagerada pode significar falta de vontade para cumprir uma “tarefa que está dentro da órbita das funções dos tribunais”²⁸⁵ e de que o “perigo de legislar” surge não apenas onde o tribunal ensaia legislar mas também onde “falha em aplicar o direito existente”, situação esta última que poderia ser qualificada como “legislação judicial dirigida a revogar a lei que está em vigor”²⁸⁶.

12.3. Os conceitos não são assim tão indeterminados quando confrontados com algumas atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial

A ideia de que uma dada disposição jurídica não é clara porque utiliza um conceito demasiado indeterminado tem que ser perspetivada de forma prudente, pois a indeterminação em abstrato pode ‘desaparecer’ quando ela é confrontada com uma hipótese concreta.

Assim há que considerar a afirmação de que é precisamente a generalidade da cláusula, e assim o seu âmbito amplo e parcialmente indeterminado, que lhe permite desempenhar o seu papel enquanto princípio jurídico²⁸⁷. Reconhecendo a dualidade entre um “núcleo de certeza” e uma “penumbra de dúvida” inerente às regras jurídicas²⁸⁸, pode-se aceitar que a sua formulação ambígua, e o seu âmbito amplo, dificultam a determinação precisa da sua função e significado e assim a definição de limites claros para a sua aplicação judicial²⁸⁹, mas não se esquece que a determinação ou indeterminação material do crime não se identifica com a determinação ou indeterminação da sua descrição formal²⁹⁰.

Ora, a aplicação judicial serve para lembrar que, apesar de a medida parecer altamente indeterminada se divorciada de contextos reais de aplicação, e quando considerada de “forma abstrata e pura em termos de semântica jurídica”, tais deficiências aparentes são mitigadas “se se reverter tal descontextualização”²⁹¹ e se inserir o seu enunciado em contexto social, histórico e cultural²⁹². Neste sentido a sua

²⁸⁵ ICJ, Advisory Opinion, Separate Opinion Of Sir Hersch Lauterpacht, *Admissibility of Hearings by the Committee on South West Africa*, 1 de Junho 1956, Parte VI.

²⁸⁶ *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 425.

²⁸⁷ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 5.

²⁸⁸ HART, HERBERT, *The Concept of Law*, p. 119.

²⁸⁹ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 2.

²⁹⁰ Assim, NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal”, p. 349.

²⁹¹ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 2.

²⁹² Cf. NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal”, pp. 342 e 342.

aplicação não é, “quase por definição”, imprevisível até momento em que as clarificações judiciais tenham lugar²⁹³.

Já tendo estas em conta, pode-se acompanhar a afirmação de que se pode adotar a “visão mais realista” de que a dúvida sobre o que a cláusula é pode ser mais bem esclarecida pelo reconhecimento dos “vários significados acumulados” que ela pode adquirir de forma incremental por meio dessas clarificações²⁹⁴.

De forma parecida, argumenta-se que, se a cláusula representa um princípio universalmente aceite de direito internacional, isso significa que “*para além do domínio de proibições expressas existe o domínio dos princípios gerais de direito humanitário*”, concluindo-se que, se um ato de guerra não é expressamente proibido por acordos internacionais ou direito costumeiro, tal não significa necessariamente que ele realmente é permitido, sendo evidente que “*nenhum sistema jurídico pode depender para a sua operação ou desenvolvimento de proibições específicas ipsissimis verbis*”, tendo qualquer sistema de direito desenvolvido, além dos seus mandamentos e proibições específicas, um conjunto de princípios gerais que ao longo do tempo são aplicados a específicos itens de conduta ou eventos que não foram objeto de uma decisão expressa anterior, sendo então o “*princípio geral aplicado à específica situação e dessa aplicação particular emerge uma regra de maior especificidade*”²⁹⁵.

A sua aplicação em concreto revelaria prova ampla de que muitas das “especificações mais concretas” do direito internacional humanitário emanam, direta ou indiretamente, ou podem ser inferidas, dos princípios contidos na cláusula²⁹⁶.

Quem sugerir que não é juridicamente claro que algumas das atrocidades cometidas com intuito genocida durante a Segunda Guerra não violavam, já à época, as leis da humanidade ou ditames da consciência pública não parece que consiga ‘apresentar defesa contra a acusação de positivismo descontrolado’. Neste sentido invocar a humanidade não tem que enganar. Uma ideia a sulinhar é de que o que interessa é que a lei seja “suficientemente clara” e o aviso da proibição seja “suficientemente claro” de modo a guiar a população no sentido de não cometer o

²⁹³ Mas, cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 24. O autor refere-se em geral a leis não claras e possivelmente não seria contra a ideia defendida no texto da presente tese. Tendo o seu sido o trabalho mais desenvolvido sobre o princípio da legalidade no plano internacional com que o autor desta tese se deparou é de anotar que não há sequer menção à cláusula no seu texto.

²⁹⁴ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 2, considerando em especial os significados resultantes da sua aplicação em relação aos crimes de guerra nazis.

²⁹⁵ *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Weeramanry, p. 493.

²⁹⁶ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 2. Com concretizações, conferir DINGWALL, JOANNA, “Unlawful Confinement as a War Crime”, *passim*, em especial, pp. 147 e 148.

crime²⁹⁷. O que está em causa é a determinação daquilo que esteja de tal forma bem estabelecido que possa ser considerado como direito internacional obrigatório pois, quando exista precisão e clareza normativa, há não só o aviso necessário como também a obrigação para o juiz de aplicar a norma à pessoa acusada de a violar²⁹⁸. Não se tem de ser adepto de visões que aceitam a relevância jurídica de um suposto direito natural, para afirmar que as atrocidades exclusivamente domésticas, cometidas em tempo de paz, violavam já as leis da humanidade.

Não parece que o facto de, por exemplo, na Europa antes da Segunda Guerra, o antissemitismo e o fascismo serem populares²⁹⁹ chegue para questionar o bem fundado da conclusão. Esta popularidade também não parece levar à conclusão de que a consciência pública mundial, no momento dos factos, olhava para os tipos de atrocidade em massa em causa, não como violação de direito, mas como comportamento permitido ou mera violação de preceitos morais desprovida de consequências jurídicas. E claro que, e não esquecendo que a direta criminalização da sua violação à luz do direito internacional é o nível mais elevado de proteção que um ‘direito humano’ pode atingir³⁰⁰, não teria sentido avançar que a reação à violação dos valores fundamentais da comunidade humana aqui em causa não envolveria sanções criminais. O ser-humano que massacrasse seus semelhantes em grande escala para tentar extinguir a humanidade ou para exterminar determinado povo com intenção de destruir essa ‘parte da humanidade’ estaria claramente sujeito à morte ou a penas de prisão. E daí que não parece forçoso aderir à ideia de que a possibilidade de criminalização de forma direta a partir da cláusula não se poderia afirmar logo a partir de 1907, mas só mais tarde quando, no pós-Primeira Guerra, se tornou clara a existência de responsabilidade criminal individual por crimes de direito internacional³⁰¹.

A aqui aceite existência antiga de um direito de punir aqueles que ultrajam a humanidade – direito este que está *implícito* no direito de fazer guerras por causas humanitárias³⁰² – não deixa de confortar o rumo que se está a desvendar.

²⁹⁷ Ideia em GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 33.

²⁹⁸ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 298.

²⁹⁹ Cf., MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, p. 85.

³⁰⁰ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles of International Criminal Law*, 3ª edição, OUP Oxford, 2014, p. 53, marg. 144.

³⁰¹ Ao longo desta tese o conceito de crimes de direito internacional ou *crimina juris gentium* é usado com referência aos crimes nucleares de genocídio, de agressão, de guerra e contra a humanidade. Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 32, marg. 92.

³⁰² Assim, MERON, THEODOR, “Common Rights of Mankind”, p. 112.

Tais atrocidades quando cometidas violariam já os usos estabelecidos, as leis de humanidade e os ditames da consciência pública. Que a generalidade e indeterminação destes conceitos tornem problemática a subsunção de outros casos no seu enunciado, não obsta à conclusão de que algumas situações estariam já claramente abrangidas. Neste contexto, já há que ter em atenção que se os conceitos vagos forem interpretados expansivamente, de uma forma imprevisível, de modo a sustentar uma condenação por atos cuja criminalidade não era óbvia, então o princípio da legalidade não serve para nada³⁰³. Quando a ‘definição criminal’ é vaga particular cuidado e contenção são exigidos na sua aplicação judicial para efeitos criminais.

Que o acto de exterminação de uma raça, com o *dolus specialis* correspondente, apareça – quando confrontado com o conceito de leis da humanidade – como uma muito mais clara violação da norma do que muitos comportamentos punidos à luz de conceitos indeterminados, como os acima exemplificados – quando comparados com a disposição escrita que serve de base à sua punição –, sem que isso tenha levado à expurgação destes últimos dos códigos penais nacionais, é consideração que deve, no mínimo, levar a repensar uma eventual crítica à possibilidade de a cláusula servir como fonte de crimes.

12.4. Nuclear Weapons

Já menos inquestionável parece ser o ponto de vista de que o uso de armas nucleares é proibido tendo em conta a violação das leis da humanidade ou a sua repugnância para a consciência da comunidade internacional.

Muitas das ideias subjacentes ao raciocínio que se vem desenvolvendo foram usadas como argumento para fundamentar a ilegalidade do uso de armas nucleares em qualquer circunstância. O que justifica que se teçam sobre o assunto algumas considerações.

12.4.1. O tribunal³⁰⁴ – não se pode dizer que sejam mesmo proibidas

Cedo na decisão, o tribunal afirmou que o princípio da proporcionalidade não pode, por si só, excluir a utilização de armas nucleares em legítima defesa em todas as circunstâncias e que um uso da força que seja proporcional, *ao abrigo do direito de legítima defesa*, deve, para ser lícito, *também* satisfazer os requisitos do *direito*

³⁰³ Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 275.

³⁰⁴ *Nuclear Weapons*.

aplicável em conflitos armados, o qual inclui, em particular, os princípios e as normas de direito humanitário (para. 42).

Já mais tarde, no seu primeiro *non-liquet*, centrando-se neste último ramo de direito – e apesar de ter em conta que os métodos e meios de guerra que impeçam uma distinção entre alvos civis e militares, ou que resultem em sofrimento desnecessário para os combatentes, são proibidos e que, em vista das características únicas das armas nucleares, *o seu uso parece dificilmente conciliável* com o respeito por aquelas interdições – considerou que *não tinha elementos suficientes que lhe permitissem concluir com segurança* que o seu uso seria, *em qualquer circunstância*, necessariamente contrário aos princípios e regras de direito aplicáveis aos conflitos armados (para. 95).

Por outro lado, no segundo *non-liquet*, e como que abrindo uma possível exceção à ideia do primeiro parágrafo aqui referido, adiantou que, tendo em conta o estado atual do direito internacional perspetivado como um todo, e os elementos de facto à sua disposição, é levado a observar que *não pode chegar a uma conclusão definitiva* quanto à legalidade ou ilegalidade da utilização de armas nucleares por um estado *numa circunstância extrema de legítima-defesa em que sua própria sobrevivência esteja em jogo* (para. 97).

12.4.2. Shahabuddeen³⁰⁵ – são proibidas

Já o juiz Shahabuddeen considerou que perante o material do caso se poderia *razoavelmente achar que a consciência pública considera que o uso de armas nucleares causa sofrimento que é inaceitável* qualquer que seja a vantagem militar derivável da sua utilização e que, com base nessa constatação, o tribunal estaria habilitado – ao determinar qual é o juízo dos estados relativamente ao ponto – a proceder com base na presunção de que o julgamento dos estados não seria diferente do feito pela consciência pública (p. 403).

A ideia é a de que a utilização de armas nucleares poderia resultar, mesmo no caso de países neutros, em destruição da vida, em doença e migração forçada dos sobreviventes, em dano para as futuras gerações, a ponto de causar doença grave, deformidades e morte, com a possível extinção de toda a vida (p. 409).

³⁰⁵ *Nuclear Weapons Shahabuddeen.*

Ironizando-se que, se nada no direito internacional convencional ou consuetudinário proíbe tal, de acordo com a visão dos defensores da legalidade sobre o significado do caso *Lotus*, então os estados estariam juridicamente autorizados a dar causa a tais consequências cataclísmicas, sendo concebível, pelo menos, que *a consciência pública pudesse pensar o contrário* (p. 409).

Tendo como pano de fundo, ao que se pensa, as afirmações dos estados proponentes da ilegalidade de uso de armas nucleares de que uso de tais armas seria contrário à carta da ONU, às regras do direito internacional e às leis da humanidade, e que seria um crime contra a humanidade e a civilização (*passim*), apelou mais especificamente a uma resolução da Assembleia Geral, adotada por unanimidade e que criava uma comissão cujo mandato incluía fazer *propostas concretas*, entre outras coisas, *para eliminação dos arsenais de armas atômicas* e a uma outra resolução, não adotada por unanimidade, que *resolutamente e incondicionalmente e para todo o tempo* condenava a *guerra nuclear* como sendo *contrária à consciência humana e à razão* (para. 410).

12.4.3. Comentário

Sendo verdade que a legítima defesa tem de se restringir à repulsa de um ataque armado e não permite ação retaliatória ou punitiva e que também não é uma exceção ao *jus in bello*³⁰⁶, e que assim *talvez* o tribunal tenha de forma infeliz enleado o *jus ad belum* com o *jus in bello*³⁰⁷, tudo passa por saber se é possível a existência de um ataque nuclear que não compreenda uma violação das regras aplicáveis.

Com a consciência de estar a entrelaçar, de forma no entanto e porventura não irremediável, os dois corpos de direito referidos, e de estar, apesar do risco³⁰⁸, ainda sob o encanto da afirmação de que o recurso à bomba atômica pode ser justificado contra um inimigo que viole as regras da guerra numa escala tão vasta que se coloca fora da órbita de considerações de humanidade e compaixão³⁰⁹, reconhecendo-se a “tensão titânica” entre a prática estatal e um princípio jurídico que este caso, mais do que em qualquer outro na história do TIJ, apresenta, e tendo o alerta bem presente de que, por conseguinte, é ainda mais importante não confundir o direito internacional que se tem com o direito internacional de que se precisa³¹⁰, e ainda relutantemente se

³⁰⁶ *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Koroma, p. 562.

³⁰⁷ Em sentido afirmativo, cf. DINSTEIN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007, p. 146.

³⁰⁸ Decorrente da discricção que cada beligerante teria na consideração de que as violações pelo lado oposto seriam extremamente graves. Cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 349 e 350.

³⁰⁹ Comentário de Lauterpacht em *Oppenheim's International law*, vol. II, 7ª edição, 1952, p. 351.

³¹⁰ No reconhecimento e no alerta *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Scwhebel, p. 311.

acompanhando a afirmação de que as bombas atômicas não são nada mais, nada menos, lícitas do que as bombas ordinárias e que a questão é como é que são usadas³¹¹, parece de qualquer forma problemática a afirmação de que a ação de parte importante da comunidade internacional é ilegal numa situação em que um estado agressor estiver prestes a aniquilar todos os outros estados e em que a única forma de o parar for destruí-lo através do uso de armas nucleares em violação do *jus in bello*. Por outras palavras, possivelmente, algo se pode aproveitar daquele entrelaçamento³¹². Com mais segurança se afirma que a ação descrita pode ser autorizada por uma decisão do CS eventualmente em sentido contrário ao *jus in bello*.

Por outro lado, afirma-se também que é estranho que o tribunal se tenha absterido de se pronunciar sobre a questão das represálias entre beligerantes, particularmente as que envolvem o uso de armas nucleares, pois em direito internacional contemporâneo, se estas armas fossem utilizadas, isso violaria grosseiramente o direito humanitário em qualquer circunstância e o direito internacional em geral³¹³. Contudo, tendo-se presente o argumento do RU de que, em alguns casos – tais como o da utilização de armas nucleares de baixo rendimento contra navios de guerra no alto mar ou tropas em áreas de baixa densidade populacional – é possível um ataque nuclear que cause relativamente poucas vítimas civis³¹⁴, e que uma arma é ilegal *per se* se não puder ser dirigida unicamente contra um objetivo militar, mesmo que se tolerando danos colaterais³¹⁵, mais uma vez não se vê com tal clareza a ilegalidade existente numa situação em que um estado use, em violação do *jus in bello*, uma arma de destruição em massa com o objetivo de eliminar uma instalação militar de um outro estado, localizada numa ilha isolada, e este estado, em represália e com o objetivo inerente a esta³¹⁶, atacar

³¹¹ *The United States of America vs. Otto Ohlendorf et al.*, US Military Tribunal Nuremberg, Outubro 1946 - Abril 1949, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10, Volume IV/1 (Einsatzgruppen)*, p. 38.

³¹² Mas cf. a crítica forte de DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 172 a 174. O autor, no entanto, lê a decisão do tribunal no sentido de que o uso de armas nucleares não é incompatível com o *jus in bello* mas está reservado a um estado numa situação limite de legítima defesa. O autor também afirma que aparentemente na opinião da juíza Higgins (*Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Higgins, p. 590) o tribunal teria considerado que o uso de armas nucleares seria contrário ao *jus in bello* mas uma violação deste direito pode ser desculpada *in extremis* aquando do exercício da legítima defesa. Mas não é esta a interpretação que se segue aqui da decisão e opinião em causa, pois estas parecem reconhecer que o uso de armas nucleares pode ser lícito, desde que não viole o *jus in bello*, mesmo em situações que não estão relacionadas com o exercício de legítima defesa.

³¹³ Assim, *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Koroma, p. 574.

³¹⁴ *Nuclear Weapons*, para. 95. A questão, de facto, só pode ser a de se o dano para os civis é ‘excessivo’. Cf. DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2.ª Edição, Cambridge, 2010, p. 86.

³¹⁵ Assim, *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 24.

³¹⁶ Cf. *infra* Parte IV, 2.1.3.9.

nuclearmente uma instalação militar do outro estado também localizada numa ilha isolada³¹⁷. Este ataque nem tem que se tornar lícito só por ser represália, pois até pode estar em causa um objetivo militar legítimo e o ataque em causa não violar nenhuma regra do *jus in bello*.

Que os estados tenham assinado tratados que proíbem a utilização de outras armas mesmo nestas situações, não é suficiente para se deixar de se sustentar a posição aqui seguida.

Na realidade, e apesar de não ser fácil imaginar muitas utilizações da maioria das armas nucleares que não violem os princípios da distinção e da proporcionalidade, e a proibição de causar sofrimento desnecessário, e de parecer ser verdade a afirmação do Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV), de que a proibição total de certas armas não foi baseada numa análise objetiva do sofrimento causado por essas armas, mas na circunstância de serem consideradas abomináveis ou desumanas, e de nesses casos as questões relativas ao teste de proporcionalidade ou da vantagem militar não terem sido consideradas relevantes, essas proibições não decorreram automaticamente de princípios gerais ou do direito costumeiro, ou de uma ausência de autorização, mas de tratados que proíbem especificamente o uso de certas armas de destruição em massa³¹⁸.

Enfim, a última resolução referida pelo juiz Shahabuddeen nem se poderia dizer *quasi*-unânime: 95 votos a favor, 19 abstenções e 30 contra.

13. Conclusão – a cláusula enquanto fonte de crimes

O comentário anterior serve para tornar mais vivo e claro o posicionamento que se adota, pois se é fácil imaginar e aceitar que um estado argua no sentido de que o uso de armas nucleares pode ser justificado naquelas situações descritas, já mais difícil é imaginar e aceitar que um estado argua no sentido de que é possível utilizar armas nucleares fora destes contextos militares peculiares. O paralelo, a existir, em caso de atrocidades, é com esta última situação, sendo difícil de imaginar e aceitar que um

³¹⁷ Cf., sobre retaliação não em espécie, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 351. Como também defendido no caso se “o Iraque tivesse usado armas químicas ou biológicas – armas proibidas de destruição em massa – contra as forças da coligação, isso seria uma violação do direito internacional que daria lugar ao direito de represálias beligerantes. Mesmo se, *in arguendo*, o uso de armas nucleares fosse também tratado como proibido, o seu uso proporcional por meio de represália beligerante, a fim de dissuadir o futuro uso de armas químicas ou biológicas, teria sido lícito”. Cf. *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, p. 328.

³¹⁸ As considerações neste parágrafo em MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 77.

estado arguisse que os homicídios em massa de membros de uma determinada raça com intenção de destruir essa raça enquanto tal não sejam crime.

Não se pode acompanhar, assim, a sugestão de que através da cláusula se poderiam formar regras de direito internacional como que à revelia da expressão de vontade dos estados militarmente mais poderosos, por exemplo, quando a formação de uma regra costumeira através de resoluções da Assembleia Geral é bloqueada através do voto negativo ou abstenção destes³¹⁹. Qualquer processo de formação de princípios através da cláusula deve contar, pelo menos, com a aquiescência da comunidade internacional, sendo a oposição de parte importante dessa comunidade determinante.

De qualquer forma, a ideia é a de que existem princípios gerais de direito que resultam de uma daquelas fontes, ou do conjunto das três, e cuja existência, e necessidade de existência, é tão evidente (e premente) que os estados aceitaram que esses princípios podem ser elucidados pelos tribunais mesmo que a sua ‘positivação não seja clara’, ou seja, apesar de não haver *usus e opinio iuris* suficiente ao tempo dos factos relevantes. Isto é o que resulta da letra, espírito e objetivo da cláusula.

Que o apelo a *standards* de humanidade ou de civilização evidentes por si só seja credível para um número muito limitado de categoria de normas³²⁰ é algo que, de qualquer forma, não afeta a ideia, a qual, no fundo, é a de que a cláusula, servindo um propósito humanitário e não sendo redundante, não permite no entanto que se construam “castelos nas nuvens”, pois “*exceto em casos extremos*”, a sua referência aos princípios da humanidade e ditames da consciência pública não pode, *por si só*, deslegitimar armas ou meios de guerra, especialmente em casos controversos³²¹. Tal como *não pode, exceto em casos extremos, de per si*, servir de base à criminalização de um determinado comportamento.

É que, quando as leis da humanidade ou os ditames não são evidentes para uma parte importante da comunidade internacional, não se pode dizer que são leis da humanidade ou ditames da consciência mundial e, por isso, os juízes devem abster-se de fundar as suas decisões nessas leis ou ditames. E se uma significativa parte da comunidade em causa não vê essa evidência, exige-se coibição judicial.

³¹⁹ Mas cf. TICEHURST, RUPERT, “The Martens Clause”.

³²⁰ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, T.M.C. Asser Press, 2006, pp. 158 e 159.

³²¹ MERON, THEODOR, “The Martens Clause”, p. 88.

Esta ideia é particularmente relevante no campo criminal. Apelos abrangentes à dignidade humana, ainda que invocados de forma apropriada como “escudo” são inadmissíveis como “espada”³²².

O perigo pareceria evidente: no campo criminal, onde as garantias e a clareza da lei são mais prementes, aceita-se que conceitos tão vagos como ‘leis da humanidade’ e ‘ditames da consciência pública’ desempenhem o papel de fonte de direito, como que lembrando o nazi ‘são sentimento do povo’³²³.

Sem tais receios, a ideia é a de que uma interpretação razoável da cláusula permite que ela sirva *per se e excepcionalmente* como fonte de criminalização mas não de panaceia para qualquer suposta ‘lacuna’ punitiva. A possibilidade de determinar a criminalidade de uma conduta exclusivamente a partir de tais leis e ditames em casos em que pode haver dúvidas razoáveis sobre essa conclusão deve ser rejeitada³²⁴.

Enfim, quando o que está na lei é pouco ou o direito parece escasso³²⁵, há que ter cuidado para não se concluir ‘em excesso’, mas não se pode deixar de deduzir o que resulta *possível, razoável* e, principalmente no campo criminal, *claro* do direito que existe, sob pena, como já referido, de não se estar a exercer a função judicial ou a aplicar o direito que já vivia ao tempo dos factos.

Se a posição aqui adotada ainda não é, pelo menos para o hoje, aceite sem ambiguidades é porque ainda não se levantou por completo o véu sobre o correto significado, neste contexto, do momento de viragem e definição histórica³²⁶ que se deu com o julgamento de Nuremberga e com a aceitação universal dos princípios lá afirmados.

³²² Observações de Brad Roth em SCHAACK, BETH, “The Principle of Legality in International Criminal Law”, 2011 (*ASIL Proceedings*, 2009), p. 11.

³²³ O artigo 2 do Código Penal alemão em 1935 passou a admitir punição não só por atos previstos no código mas também por atos que mereçam pena de acordo com as concepções fundamentais de uma lei penal e o são sentimento do povo. Sobre a abolição do princípio da legalidade na Alemanha cf. KREB, CLAUS, “*Nulla poena nullum crimen sine lege*”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2010, pp. 3 e 4, marg. 13.

³²⁴ Num contexto não especificamente de direito criminal e a propósito não destas leis e ditames mas da determinação de direito costumeiro, conferir a reflexão de KIRGIS, FREDERIC, “Custom on a Sliding Scale”, *81 The American Journal of International Law*, 1987, *passim*, sobre a necessidade de uma maior exigência na determinação dos elementos do costume quando em causa está uma ação que não é tão destrutiva de valores humanos amplamente aceites por comparação com a situação em que o é.

³²⁵ Segundo o principal juiz americano que se sentou em Nuremberga, BIDDLE, FRANCIS, *In Brief Authority*, New York: Doubleday, 1962, pp. 480 e 481, citado em DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 270, para a satisfação do *nullum crimen, nulla poena*, a ideia seria a de que *algum direito* teria de existir antes de se poder dizer que foi violado, caso contrário os crimes de *common law* ingleses nunca se poderiam ter desenvolvido.

³²⁶ SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities, Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford, 2012, p. 1.

Parte II – Nuremberga (e Tóquio) – O *nullum crimen* como princípio de justiça mas não como limitação à soberania

1. As cartas

Fundada no Acordo de Londres, acordo intergovernamental entre os principais quatro Aliados³²⁷, a Carta do TMI (Carta)³²⁸ – certificado de nascimento do direito penal internacional³²⁹, ramo de direito resultante de alguns dos episódios mais negros da história humana³³⁰, que protege a paz, a segurança e o bem-estar da Humanidade³³¹, direito penal *in extremis*³³² – dispunha no seu artigo 6 que o tribunal exercia jurisdição relativamente a três situações³³³.

Crimes contra a paz, nomeadamente o planeamento, preparação, iniciação ou execução de uma guerra de agressão *ou de* uma guerra em violação de tratados internacionais, acordos ou garantias, ou a participação num plano comum ou conspiração para a realização de qualquer dos crimes mencionados.

Crimes de guerra, nomeadamente, violações das leis ou costumes de guerra, *incluindo, mas não se limitando a*, tais violações, a homicídio, maus-tratos, ou deportação, para trabalho escravo ou para qualquer outro fim, da população civil de ou em territórios ocupados, homicídio de ou maus-tratos para com prisioneiros de guerra ou pessoas no mar, homicídio de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição arbitrária de cidades, vilas ou aldeias, ou devastação não justificada por necessidades militares.

Crimes contra a humanidade, nomeadamente, homicídio, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, *antes ou durante a guerra*, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos *em execução ou em conexão com qualquer crime sob a jurisdição do Tribunal*, em violação ou não do direito nacional do país onde perpetrados.

De forma semelhante, a Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente estabelecia no seu artigo 5 jurisdição relativamente às mesmas três situações, com articulado ligeiramente diferente³³⁴.

³²⁷ JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, p. 38.

³²⁸ Para um breve sumário da história da elaboração da Carta, cf. LIPPMAN, MATTHEW, “Nuremberg: forty five years later”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, pp. 507 a 512.

³²⁹ WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 5, marg. 15. Em sentido de que não o é, SCHWARZENBERGER, GEORG, “The Judgment of Nuremberg”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 188.

³³⁰ WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 2, marg. 4.

³³¹ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ETPI) aberto à assinatura dos Estados em 17 de Julho de 1998, Preâmbulo.

³³² ROBINSON, DARRYL, “International Criminal Law as Justice”, *Journal of International Criminal Justice* 11, 2013, p. 704.

³³³ Itálicos nas normas adicionados.

³³⁴ Cf. BOISTER, NEIL/ CRYER, ROBERT, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*, Oxford University Press, 2008, pp. xlv-li.

Estabelecia-se ainda, de forma fundamentalmente semelhante, nas duas cartas que:

Os líderes, organizadores, instigadores e cúmplices que tenham participado na formulação ou execução de um plano comum ou conspiração para cometer qualquer dos crimes precedentes são responsáveis *por todos os atos praticados por quaisquer pessoas na execução de tal plano* (artigo 6, último parágrafo da Carta).

A posição de oficiais dos arguidos, seja como chefes de Estado, ou como funcionários responsáveis em departamentos governamentais, não deve ser considerada como os isentando de responsabilidade, ou como circunstância atenuante (artigo 7 da Carta).

O facto de o acusado ter agido em conformidade com o despacho do seu Governo ou de um superior *não o isenta de responsabilidade*, mas pode ser considerado para redução da pena (artigo 8 da Carta).

Dir-se-ia que, em vez de se alicerçarem unicamente na “constelação bem estabelecida” de crimes de guerra para julgar os arguidos, os Aliados optaram por inovar e afirmar jurisdição sobre dois outros crimes, até então não codificados, os crimes contra a paz e os crimes contra a humanidade³³⁵. Os crimes de guerra, ao mesmo tempo que “merecedores de opróbrio”, não captariam por completo as atrocidades nazis, que “irradiavam para fora” como atos de agressão e “penetravam para dentro” como massacres persecutórios de compatriotas³³⁶. Com este pano de fundo, o desafio à legalidade das cartas não causou espanto.

2. Nuremberga³³⁷

2.1. Jurisdição, *nullum crimen* e guerra agressiva

O tribunal, numa secção do julgamento dedicada ao ‘direito da Carta’, começou por considerar que a jurisdição do tribunal é definida no Acordo e na Carta e que os crimes correspondentes a essa jurisdição estão definidos no artigo 6, acrescentando que esse direito é *decisivo* e *vinculativo* para o tribunal (p. 443).

Considerando que a feitura da Carta corresponde ao *exercício de poder legislativo soberano* pelos países aos quais o *Reich* alemão se rendeu incondicionalmente, e que foi reconhecido pelo mundo civilizado o indubitável direito de estes países *legislarem para os territórios ocupados* (pp. 443 e 444), o tribunal avançou que a Carta *não corresponde a um exercício arbitrário de poder* por parte das nações vencedoras, mas à expressão do *direito internacional existente ao tempo da sua*

³³⁵ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 125.

³³⁶ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 125.

³³⁷ 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 (*Göring*).

criação e que, nesta medida, é em si uma *contribuição para o direito internacional* (p. 444).

Ao criarem o tribunal, ao definirem o direito por ele a administrar e ao elaborarem regulamentos de modo a assegurar o bom desenrolar do julgamento, os poderes signatários fizeram juntos o que qualquer um deles poderia ter feito isoladamente, pois não existiria dúvida de que qualquer nação tem o direito de *criar tribunais especiais para administrar direito* (p. 444).

O tribunal sustentou que a Carta *faz*³³⁸ do planejar ou executar uma guerra de agressão ou de uma guerra em violação de tratados internacionais um crime, o que *significaria não ser estritamente necessária* a consideração de se, e até que ponto, a guerra de agressão seria crime antes do Acordo de Londres (p. 444).

De qualquer forma, decidiu, tendo em conta a grande importância das questões de direito envolvidas, expressar o seu ponto de vista sobre o assunto (p. 444).

Tendo como pano de fundo a máxima *nullum crimen* – e as considerações avançadas em favor da defesa de que não pode haver punição criminal sem lei pré-existente, de que a punição *ex post facto* é repugnante ao direito de todas as nações civilizadas, de que nenhum poder soberano tinha feito da guerra agressiva um crime ao tempo em que os alegados atos criminosos foram cometidos, de que nenhuma lei havia definido o conceito de guerra agressiva, de que nenhuma pena tinha sido fixada para a sua prática, e de que nenhum tribunal tinha sido criado para um julgar e punir os infratores – observou que o *nullum crimen* não é uma *limitação à soberania*, mas, em geral, *um princípio de justiça* (p. 444)³³⁹.

“*[N]ullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice*” (sublinhado adicionado).

“*Nullum crimen sine lege ne limite pas la souveraineté des États; elle ne formule qu'une règle généralement suivie*” (sublinhado adicionado)

E, mantendo o raciocínio no âmbito da ideia de justiça, afirmou que a asserção de que seria injusto punir aqueles que, em desafio de tratados e garantias dadas, atacaram sem aviso estados vizinhos, seria obviamente falsa, pois em tais circunstâncias

³³⁸ ‘*Makes*’ no original inglês, ‘*érige*’ no original francês.

³³⁹ Esta formulação decorre do original inglês. E também do russo. Cf. 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*, 2011, p. 9, n. 32.

o atacante *teria que saber* que o seu comportamento é *moralmente incorreto*, e que longe de ser injusta a punição, injusto seria permitir a impunidade (p. 444).

“*[F]or 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*” (sublinhado adicionado).

“*[E]n pareille occurrence, l’agresseur sait le caractère odieux de son ation. La conscience du monde, bien loin d’être offensée, s’il est puni, serait choquée s’il ne l’était pas*” (sublinhados adicionados).

Focando-se nas posições que os arguidos, ou pelo menos que alguns deles, ocupavam no governo alemão, sustentou que eles tinham de conhecer os tratados assinados pela Alemanha, proibindo o recurso à guerra para a solução de disputas internacionais, e *tinham de saber* que estavam a agir em desafio de todas as leis internacionais quando intencionalmente levaram a cabo os seus projetos de invasão e agressão (p. 444).

Concluindo *segundo o original inglês e russo*, mas *já não no francês* que, tendo em conta este ponto de vista por si só, (*pareceria que*³⁴⁰) a máxima não teria aplicação relativamente aos factos em análise (p. 444).

2.2. Guerra agressiva, tratados e resoluções

O tribunal reforçou o seu ponto de vista recorrendo ao estado do direito internacional em 1939 no que diz respeito à guerra de agressão, aludindo ao Tratado Geral para a Renúncia de Guerra³⁴¹ (Pacto), o qual era obrigatório para 63 nações, incluindo para a Alemanha, Itália e Japão, e em que os estados declararam solenemente, em nome dos seus respetivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução de controvérsias internacionais e que renunciam a ela como um instrumento de política nacional nas suas relações (p. 444), considerando que *após a assinatura do Pacto*, a nação que recorrer à guerra como instrumento de política nacional *quebra o Pacto* (p. 445).

E daqui saltou para a afirmação de que a renúncia solene da guerra como instrumento de política nacional envolve necessariamente a proposição de que tal guerra

³⁴⁰ A expressão entre parênteses aparece no original inglês, mas já não no russo. Cf. ACQUAVIVA, GUIDO, “At the Origins of”, p. 9.

³⁴¹ De 27 de Agosto de 1928, mais em geral conhecido como o Pacto de Paris ou o Pacto Kellogg-Briand.

é *ilegal* segundo o direito internacional e concluiu, no que para muitos é um *non sequitur*, que aqueles que planeiam e travam tal guerra, com as suas inevitáveis e terríveis consequências, estão a cometer um *crime* (p. 445).

Ao argumento de que o Pacto não prevê expressamente que tais guerras são crimes nem cria tribunais para julgar quem provoca tais guerras, o tribunal contrapôs as leis de guerra contidas na convenção de Haia 1907 que proibem o recurso a certos métodos de fazer guerra e cujas proibições *seriam certamente, desde 1907, crimes* apesar de a convenção *não designar essas práticas como criminosas, não prescrever qualquer pena*, nem mencionar qualquer tribunal para julgar e punir os criminosos e referindo a *prática anterior dos tribunais militares* que julgaram e puniram indivíduos culpados de violar tais regras (p. 445).

Pressionando a comparação, e como que por maioria de razão, sustentou que quem leva a cabo uma guerra agressiva está a ter um *comportamento ilícito de gravidade muito maior* do que a violação de uma das regras da convenção de Haia (p. 445).

Num parágrafo cuja importância para esta tese cabe destacar, lembrou que o direito internacional não é o produto de uma legislatura internacional e que os acordos internacionais, como o Pacto, têm de lidar com princípios gerais de direito e não com questões administrativas de procedimento (p. 445) 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 mudança (p. 445). Em muitos casos *os tratados* não fariam mais que *expressar e definir mais precisamente os princípios de direito já existentes* (p. 445).

Dedicou os parágrafos seguintes a suportar a sua interpretação do Pacto na história internacional que o precedeu.

Em 1923, um projeto de tratado de assistência mútua, declarando que *a guerra de agressão é um crime internacional*, foi patrocinado pela Liga das Nações, e submetido a 29 Estados, dos quais cerca de metade favorecia a aceitação do texto, residindo a principal objeção na *dificuldade em definir os atos que constituiriam agressão e não em qualquer dúvida quanto à criminalidade da guerra de agressão* (p. 445).

Em 1924, o preâmbulo do Protocolo da Liga das Nações para a Solução Pacífica de Disputas Internacionais (Protocolo de Genebra), referia-se à solidariedade dos membros da comunidade internacional e declarava a guerra de agressão como uma violação desta solidariedade e um *crime internacional* e que as partes contratantes desejavam facilitar a

aplicação completa do sistema previsto no Pacto da Liga das Nações para a solução pacífica de controvérsias entre os estados e assegurar a *repressão internacional de crimes* (pp. 445 e 446). O Protocolo foi recomendado para adoção aos membros da Liga das Nações por uma resolução unânime na Assembleia dos seus 48 membros³⁴². Considerando o facto de o Protocolo nunca ter sido ratificado, realçou que *foi assinado pelos mais importantes estadistas do mundo*, os quais *representavam a vasta maioria dos estados civilizados e povos*³⁴³, o que tomou como uma *forte prova da intenção de qualificar a guerra de agressão como crime internacional* (p. 446).

Em 1927, a reunião da Assembleia da Liga das Nações de 24 de Setembro³⁴⁴ resultou na aprovação por unanimidade de uma declaração sobre as guerras de agressão em cujo preâmbulo se afirmava a *convicção* de que uma guerra de agressão *é um crime internacional* (p. 446).

Em 1928, em resolução unânime na sexta (Havana) Conferência Pan-Americana, 21 repúblicas americanas declararam que a guerra de agressão *constitui um crime internacional contra a espécie humana* (p. 446).

E continuou o tribunal, inferindo que todas estas expressões de opinião e outras não citadas *reforçam a interpretação* de que o recurso à guerra de agressão *não é apenas ilegal, mas criminoso* e que a proibição de guerra agressiva *exigida pela consciência mundial encontra expressão* na série de pactos e tratados referidos (p. 446).

Recordou ainda o artigo 227 do Tratado de Versalhes que previa a constituição de um tribunal especial para julgar o antigo Imperador alemão (p. 446).

2.3. Responsabilidade criminal individual, ordens superiores e atos de estado

Às alegações de que o direito internacional diz respeito às ações soberanas dos estados e não prevê nenhuma punição para indivíduos, e ainda de que, se o ato em questão é um ato de estado aqueles que o realizam não são pessoalmente responsáveis mas estariam protegidos pela doutrina da soberania do estado, o tribunal sustentou que *o direito internacional impõe deveres e responsabilidades aos indivíduos* (p. 446)

Numa passagem que ficaria famosa asseriu que os crimes contra o direito internacional são cometidos por homens e não por entidades abstratas e que só através da punição dos indivíduos que cometem tais crimes podem as disposições do direito internacional ser implementadas (p. 447).

³⁴² Estes membros incluíam Itália e Japão, mas a Alemanha não era à altura um membro da Liga (p. 222).

³⁴³ Tradução que segue o original inglês. No original francês: “*il fut signé par les principaux hommes d’État du monde, représentant la très grande majorité des pays et des peuples civilisés*” (sublinhado adicionado).

³⁴⁴ Com todas as delegações presentes, incluindo a alemã, a italiana e a japonesa (p. 222)

À consideração apresentada, em nome da maioria desses arguidos, de que ao fazerem o que fizeram estavam a agir sob as ordens de Hitler, e que portanto não podem ser responsabilizados pelos atos cometidos (p. 447), respondeu que as disposições do artigo 8 da Carta estão em conformidade com o direito de todas as nações e que o facto de a um soldado lhe ter sido ordenado *matar ou torturar* em violação do direito internacional da guerra nunca foi reconhecido *como defesa para atos de tal brutalidade* embora possa ser tido em conta para mitigação da punição, afirmando que o verdadeiro teste, encontrado em vários graus no direito penal da maioria dos países, não é a existência da ordem, mas se uma *escolha moral era de facto possível* (p. 447).

2.4. Crimes de Guerra

Na secção dedicada aos crimes de guerra e crimes contra humanidade, o tribunal reiterou que está naturalmente *vinculado* pela Carta à definição que ela dá tanto de crimes de guerra como dos crimes contra a humanidade.

Em relação aos primeiros, reafirmou que eles eram reconhecidos como *crimes de direito internacional*, estando cobertos pelos *artigos 46, 50, 52 e 56* da CH 1907, e pelos *artigos 2, 3, 4, 46 e 51* da CG 1929, e que era *pacífica* a consideração de que as violações destas disposições *constituíam crimes puníveis* (p. 467), afirmando que as regras estabelecidas na convenção *eram reconhecidas por todas as nações civilizadas* e eram consideradas como sendo *declaratórias das leis e costumes de guerra* (p. 467).

2.5. Crimes contra a humanidade

Quanto à política de terror, repressão, perseguição e homicídio de civis, e à perseguição de judeus antes da guerra, o tribunal, e apesar de os considerar estabelecidos para além de qualquer dúvida, considerou que para constituírem crimes contra a humanidade, os atos praticados antes da eclosão da guerra deveriam tê-lo sido em *execução de, ou em conexão com*, algum crime da competência do tribunal e considerou *não ter sido satisfatoriamente provado* que tenham sido feitos em execução, ou em conexão, tal crime, *não podendo assim fazer uma declaração geral* de que os atos praticados antes de 1939 fossem crimes contra a humanidade *no sentido da Carta* (p. 468).

Mas já afirmou que, a partir do início da guerra, foram cometidos crimes de guerra em grande escala, que *também* são crimes contra a humanidade e, *na medida em*

que *os atos desumanos* previstos na acusação, e cometidos após o início da guerra, *não constituíssem crimes de guerra*, teriam sido cometidos em execução de, ou em conexão com, a guerra agressiva e, portanto, seriam crimes contra a humanidade (p. 488).

3. Tóquio

3.1. O tribunal³⁴⁵

Comparando com as considerações tecidas em Nuremberga, uma abordagem mais solta relativamente ao problema da relação entre a sua carta e o direito internacional levou aqui o tribunal a considerar que, apesar de considerar a sua carta decisiva e vinculativa, tal *não devia ser* tomado como suporte de um ponto de vista segundo o qual as potências aliadas ou quaisquer nações vencedoras, ao estabelecerem as condições para um julgamento e para a punição de criminosos de guerra, tenham o direito, segundo o direito internacional, de promulgar leis ou de investir nos seus tribunais *poderes em conflito com o direito internacional* ou com as suas regras ou princípios (para. 48, 436). No entanto, e tendo em conta que preferiu, em virtude da identidade entre a sua carta e a do tribunal de Nuremberga, aderir incondicionalmente às opiniões relevantes deste para o assunto (para. 48, 439), a afirmação precedente não teve consequências na abordagem da maioria em relação ao *nullum crimen*. As opiniões em separado de 5 juízes, no entanto, ilustram posições bem diferentes sobre o problema³⁴⁶.

3.2. Jaranilla e a previsibilidade

Delfin Jaranilla, das Filipinas, argumentou que o *nullum crimen* pode ser um princípio geral de direito penal a nível nacional, mas não de direito internacional (para. 18), considerando que a permanência da comunidade internacional depende de *standards* de tal forma variáveis que os atos que o violam *não podem ser predeterminados* e que os líderes japoneses, que muito antes da guerra foram sujeitos a avisos e protestos por parte dos Aliados, estavam *perfeitamente conscientes* de que estavam a embarcar numa guerra de conquista e ódio, e *sabiam que, se derrotados, seriam levados à justiça pelos seus crimes* (para. 19).

3.3. Webb e a justiciabilidade

³⁴⁵ International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 12 November 1948, John Pritchard and Sonia M. Zaide (eds.), *The Tokyo War Crimes Trial*, vol. 22, 1981 (Tokyo).

³⁴⁶ Um olhar sobre as dissensões entre juízes, qual direito penal internacional no seu ‘estádio nascente’, em BOISTER, NEIL/ CRYER, ROBERT, *Documents*, especialmente, pp. lxiii-lxix. As opiniões dos diferentes juízes são citadas a partir desta obra.

O presidente, William Webb, da Austrália, sustentou, por um lado, que a Liga das Nações em 1925 e 1927, e a conferência Pan-Americana em 1928, declararam ser a guerra de agressão um crime internacional e que o Pacto de 1928, embora não contivesse a palavra crime, *utiliza linguagem que torna irresistível a conclusão que a ilegalidade e a criminalidade da guerra de agressão era percebida e reconhecida* (para. 3).

Por outro lado, aludiu ao facto de o TMI ter tomado em consideração a guerra agressiva não ser universalmente considerada como crime '*justicável*' no início da guerra (para. 17) e considerou ter sido esta razão que levou a que alguns dos arguidos condenados por conspiração para levar a cabo, ou por levar a cabo, guerra agressiva *tenham sido poupados à pena de morte* (para. 17).

3.4. Röling, o direito de reagir e o caminho judicial

Com uma abordagem diferente, Bernard Röling, da Holanda, diminuiu o valor material e jurídico da resolução de 1927, enfatizando o seu carácter de *gesto*, e o seu significado meramente *moral* (paras. 19 a 22, especialmente este último) e o valor apenas *regional* (para. 24) e *esvaziado de consequência práticas e jurídicas* (paras. 25 e 26) da resolução de 1928.

E arguiu a *ilogicidade* da conclusão de que a guerra agressiva seria criminosa antes do Pacto pois, caso assim fosse, *não teria sentido* conduzir negociações para a celebração do Pacto à procura do mesmo efeito (para. 26).

Considerando que o direito positivo internacional existente à altura do julgamento não prevê que todas as guerras ilegais devam ser qualificadas como um *vis crimes*, avança que *é forçado* a interpretar o crime contra a paz de uma *forma especial* (para. 45A).

Não existiria dúvida de que as potências vitoriosas num *bellum justum* e, como tal, responsáveis pela paz e ordem têm, de acordo com o direito internacional, o *direito de reagir* contra as circunstâncias que constituem ameaças para a ordem recém-criada, e têm *direito*, como meio de prevenir alguma recorrência de conduta gravemente ofensiva, de *capturar e manter custódia* das pessoas em causa, *constituindo um precedente a eliminação de Napoleão* pelo cativo e exílio (para. 46).

Assim a mera ação política, com base nas responsabilidades do poder, seria um meio aceitável de *remover perpetuamente* da sociedade líderes de guerra *perigosos* (paras. 46 e 47).

Enfim, conclui que a escolha do caminho judicial seria uma novidade que não poderia ser considerada como violação do direito internacional na medida em que proporciona ao vencido *mais garantias* do que a mera ação política poderia providenciar (para. 47).

3.5. Bernard e o direito natural

Para Bernard Henri, da França, não existiria qualquer dúvida de que a guerra agressiva seria e teria sempre sido um crime *aos olhos da razão e da consciência universal*, expressões de direito natural em que o tribunal pode e tem de se basear para julgar a conduta do acusado (para. 10) e a *responsabilidade individual* por ela estaria também *inscrita no direito natural* (para. 11).

Por outro lado, o tribunal seria sempre competente para examinar *ex officio* a legalidade das disposições substantivas da carta, e, se determinasse que estas iam além da competência do seu autor, *recusar-se-ia a aplicá-las*, sendo que em nenhum lugar a carta expressa a sua intenção de tornar crimes certos factos, ou de dar a definição de crimes, mas tão-só sob três títulos a *listar crimes relativamente aos quais o tribunal tem jurisdição* (paras. 9 e 10).

3.6. Pal e a soberania nacional

Radhabinod Pal, da Índia, também considerou que a criminalidade de uma conduta teria de ser determinada de acordo com as regras de direito internacional vigentes à data dos factos, não definindo a carta, nem o podendo fazer, qualquer crime (para. 26)³⁴⁷, mas para ele seria inegável que as grandes questões das relações internacionais eram consideradas como pertencendo ao mundo da política e *não do direito*, não se podendo desenvolver qualquer direito costumeiro a seu respeito até serem levadas para o domínio do direito (para. 122).

A federação da humanidade, fundada no equilíbrio interestadual, poderia ser um ideal futuro, mas até este ser realizado, a base fundamental da comunidade internacional

³⁴⁷ De outra forma, o tribunal seria uma mera ferramenta de manifestação de poder (para. 36).

– se assim pudesse ser chamada – seria e continuaria a ser a *soberania nacional* (para. 125).

4. Apreciação

4.1. *Nullum crimen, soberania, jurisdição*

4.1.1 Tudo muito ambíguo

Afirma-se que o texto da Carta é ambíguo relativamente ao *status* do princípio da legalidade enquanto regra de direito no TMI e que é difícil escapar à conclusão de que tal foi deliberado³⁴⁸. Também algo parecido, talvez a ‘outra face de uma mesma moeda’, se pode dizer relativamente à questão da natureza jurisdicional ou substantiva da Carta. Em resultado da ideia defendida “fortemente” pelo representante francês durante a feitura da Carta – a de que esta só devia estabelecer a jurisdição do tribunal e deixar para os juízes a determinação do direito substantivo relevante³⁴⁹ – não se tomou uma posição firme sobre esta questão.

De uma certa perspetiva, os autores da Carta passaram de propósito ao lado das questões relativa ao princípio da legalidade para evitar dar uma oportunidade à defesa de desafiar a legalidade da Carta³⁵⁰. Tão ou mais factual é que deu uma oportunidade ótima para a defesa levantar o problema³⁵¹.

De uma outra perspetiva, também se poderia avançar que a Carta era omissa relativamente aos dois assuntos o que dava ao, ou delegava no, tribunal uma oportunidade ótima para clarificação.

Não a aproveitando, o TMI ecoou a última ambiguidade ao referir que “a Carta é expressão do direito internacional existente ao tempo da sua criação e, nesta medida, é em si uma contribuição para o direito internacional” o que não esclarece se a Carta reafirma direito pré-existente ou prescreve um novo³⁵². De qualquer forma, como, um pouco por toda a decisão, o tribunal afirma que os crimes da Carta eram crimes de direito internacional quando cometidos, poder-se-ia avançar a opinião de que as partes do julgamento que declararam que a Carta prescreve este mesmo direito são *obiter*

³⁴⁸ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 91

³⁴⁹ Sobre a visão do delegado francês, cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 82 a 90, informando que a ideia, a princípio, não encontrou os favores das outras delegações

³⁵⁰ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 322.

³⁵¹ Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 91

³⁵² Assim, também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 114.

*dictum*³⁵³. De um outro ângulo, não parece fantasiosa a ideia de que o duplo apoio do TMI na Carta e no direito costumeiro se tenha devido a divisões internas entre os juízes em relação às fontes do direito substantivo a aplicar³⁵⁴.

Enfim, com certeza já aqui se descortinava a ‘alta tensão’ entre juristas sobre o significado da legalidade em direito criminal³⁵⁵ que ainda hoje perdura.

4.1.2. Pouca deferência em Tóquio (e na outra Nuremberga) para com a soberania

Com informação sobre a validade reconhecida na idade média aos tratados internacionais impostos ao vencido e possivelmente tendo de se aceitar essa validade à luz do direito internacional até ao século XX quando, sob a égide, primeiro da Liga das Nações e, depois, das Nações Unidas, foram estabelecidas qualificações importantes relativamente ao poder até então quase ilimitado dos vencedores³⁵⁶, dispensa-se a problematização relativamente ao momento em análise. Assim, se se deixar para já de lado a discussão sobre a existência de um ‘direito a punir’ por parte de uma nação vencedora, mas acompanhando-se a afirmação de que a questão de se a punição de crimes internacionais é desejável, expediente e praticável era uma questão de política e não de direito³⁵⁷, e se se dispensa ainda problematizar especificamente a afirmação de que a soberania das potências ocupantes para fazer leis não estava, aos olhos do TMI, agrilhoada pelo *nullum crimen* pois – seguindo a tradição do direito inglês e a posição russa – os juízes consideravam que a autoridade legislativa estava acima de quaisquer princípios a que pudesse ou não optar por aderir³⁵⁸, não se deixa de sublinhar que em Tóquio, mais internacionalista³⁵⁹, o tribunal não aparentou uma tal deferência para com a suposta autoridade, tendo alguns dos juízes a desafiado abertamente.

O mesmo se passando em outros tribunais em Nuremberga que declararam que uma nação vitoriosa não pode legalmente promulgar legislação que defina um novo crime e torná-la

³⁵³ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 125.

³⁵⁴ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 126 e 127.

³⁵⁵ Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 155.

³⁵⁶ Estas ideias em MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 43.

³⁵⁷ Afirmação em LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations and the Punishment of War Crimes”, *21 The British Yearbook of International Law* 58, 1944, p. 59, relativamente a crimes de guerra.

³⁵⁸ Afirmação em WEIGEND, THOMAS, “In general a principle of justice”, *The Debate on the ‘Crime against Peace’ in the Wake of the Nuremberg Judgment*”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, p. 46, referindo-se à tradição inglesa.

³⁵⁹ Cf. GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts”, *48 Villanova Law Review* 763, 2003, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1865390>, pp. 118 e 119, com discussão de possíveis razões para esta postura.

eficaz quanto a factos ocorridos anteriormente quando ainda não eram ilegais³⁶⁰. Ou que – tendo em consideração que é princípio de justiça e *fair play* – se dará ao *nullum crimen pleno efeito* e que, quando aplicado no campo do direito internacional, o princípio exige a prova de que antes da condenação o acusado *sabia ou deveria saber* que, em matérias de preocupação internacional, seria culpado de participação num sistema de injustiça e de perseguição organizado nacionalmente – chocante para o sentido moral da humanidade – e que *sabia ou devia saber* que estaria sujeito a punição se detido³⁶¹.

4.1.3. Jurisdição universal, o ponto de vista do Tribunal Militar Internacional e a natureza jurisdicional das cartas

Do mesmo passo que a caracterização de Nuremberga como tribunal que aplicaria jurisdição universal parece a melhor, não se precisa, de facto, de decidir definitivamente a querela, pois o julgamento de Nuremberga pode ter sido fundado em tipos de jurisdição múltiplos e sobrepostos³⁶².

Dá-se assim guarida às afirmações de que o poder dos Aliados para estabelecer o tribunal fluiria da sua autoridade enquanto governantes territoriais de facto de uma Alemanha derrotada, ou “mais congenialmente”, do exercício da autoridade da comunidade internacional que “operava num tipo de jurisdição universal”³⁶³ e de que, se é verdade que o tribunal fundou os poderes legislativos dos signatários da Carta na rendição incondicional da Alemanha e no direito de legislar para o território ocupado³⁶⁴, não excluiu, nem a construção de que o processo de Nuremberga teve – além desta base territorial – também uma fundação mais ampla nas disposições do direito internacional, nem que o tribunal fosse um órgão judicial internacional³⁶⁵.

Dir-se-ia então que o TMI encarou a autoridade para estabelecer tribunais e definir o direito penal substantivo num estado derrotado, em primeiro lugar, como uma função nacional não proibida ou limitada de qualquer forma relevante pelo direito

³⁶⁰ Cf., por exemplo, *The United States of America vs. Wilhelm List, et al.*, US Military Tribunal, Nuremberg, Judgment of 19 February 1948, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals (Hostages)*, p. 1238.

³⁶¹ *Justice*, pp. 977 e 978, afirmando-se ainda que independentemente de se considerar codificação ou legislação substantiva, nenhuma pessoa que, conscientemente, cometeu os atos puníveis pela Lei de Conselho de Controlo n.º 10 (CC10) pode afirmar que não sabia que seria julgado por eles.

³⁶² Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 105. De qualquer forma, cf. JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 39, que afirma que o tribunal era um tribunal nacional conjunto, que exercia jurisdição enquanto tribunal de ocupação, não sendo um corpo de jurisdição internacional independente. A natureza do TMI é controversa. Cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 62, marg. 176.

³⁶³ Assim, CLARK, ROGER, “Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective”, in *The Law of War Crimes, National and International Approaches*, Timothy L. H. McCormack & Gerry J. Simpson (eds), 1997, p. 172.

³⁶⁴ ASSIM, JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 39.

³⁶⁵ Assim, SCHWELB, EGON, “Crimes Against Humanity”, pp. 151 e 152.

internacional – o qual seria em si mesmo uma fonte alternativa de direito penal substantivo, usado para evitar problemas de retroatividade – e, em segundo lugar, como expressão de um compromisso para com o direito penal internacional³⁶⁶.

Por outro lado, deixando o ponto de vista do TMI de lado, e tal como afirmado, por outras palavras, pelo juiz Bernard, as cartas estabelecem os factos sobre os quais o TMI tinha jurisdição. E daí que, para encontrar o direito aplicável, os tribunais, em princípio, não tinham nem deviam apoiar-se excessivamente numa interpretação literal das infrações descritas nas cartas, uma vez que estas não serviriam para definir os crimes, mas sim para designar a realidade factual colocada sob a sua jurisdição, sendo o conteúdo do direito a aplicar no caso concreto determinado por eles e não pelos autores das cartas³⁶⁷, os quais, por exemplo, nem se preocuparam em estabelecer defesas na própria Carta, o que, interpretado de certa forma – nomeadamente no sentido de que não seria verosímil que eles tenham querido excluir toda e qualquer possibilidade delas existirem³⁶⁸ –, seria demonstração de que eles estariam conscientes de que a determinação final do direito a aplicar ao caso concreto seria tarefa legitimamente compreendida na “órbita” dos tribunais.

As ideias – enfatizadas cerca de 70 anos mais tarde pelo Tribunal Especial para o Líbano (TEL)³⁶⁹ – pareciam ser, já à altura, as de que os tribunais não estariam vinculados pelas definições ou classificações estabelecidas nas cartas – as quais refletiriam as perspetivas políticas dos seus redatores – e de que a constatação de factos relevantes, e a determinação do seu significado jurídico, só poderia ser o resultado de um processo judicial levado a cabo pelos tribunais.

Também parece ‘mais aconselhável’, salvo indicação clara em contrário, interpretar a Carta como correspondendo mais à vontade de quatro países *afirmarem o*

³⁶⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 112.

³⁶⁷ Esta ideia em CAEIRO, PEDRO/LEMONS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – Judgment, *Prosecutor v. Kalimanzira*”, in: Klip, André / Sluiter, Goran (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, The International Criminal Tribunal for Rwanda*, vol. 36, Intersentia, 2012, pp. 502 e 503, referindo-se especificamente aos estatutos dos TPIs modernos.

³⁶⁸ Caso contrário, a indicação no sentido da ‘exclusão’ da defesa de ordens superiores também seria pouco compreensível. JESCHECK, HANS, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach, Völkerstrafrecht*, 1952, p. 386, *apud* WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 249, n. 484, sustenta que o artigo 8 da Carta é uma regra criada em especial que – no que diz respeito à condenação dos criminosos de guerra de topo – cria uma presunção irrefutável de que os crimes pelos quais estas pessoas estavam acusadas eram manifestamente ilegais. Seja como for, já neste momento, a dificuldade na distinção entre questões de direito substantivo e direito jurisdicional era aparente.

³⁶⁹ Special Tribunal for Lebanon, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 February 2011, p. 14, para. 14 (*STL Terrorism*).

direito internacional que existia do que à intenção de o estabelecerem ou mudarem, poderes estes últimos, aliás, cuja titularidade não lhes pertencia.

4.1.4. O *nullum crimen* não é limitação à soberania

No entanto, há que sublinhar a ideia de que, à altura da celebração do Acordo de Londres, a eventual atribuição de jurisdição aos tribunais sobre atos que não eram criminalizados ao tempo dos factos não seria necessariamente um erro ou ilegítima, pois poderia simplesmente significar que os redatores das cartas pretenderam atribuir jurisdição aos tribunais sobre todos os atos que na sua convicção poderiam conduzir a punição criminal, cabendo depois aos tribunais, no exercício dessa jurisdição, determinar se esses atos espelham o direito em vigor no momento em que os factos foram praticados³⁷⁰ e, caso contrário, se se justificaria – ou se seria permitida – uma punição retroativa.

Até já se poderia vislumbrar, com pouca fundamentação histórica para tal admita-se, uma porta aberta pelo Tratado de Versalhes a esta última possibilidade ao estabelecer, no seu artigo 227, que, na decisão, o tribunal *será guiado* pelos mais altos motivos de política internacional. O que poderia compreender uma punição retroativa exemplar.

Assim, e apesar de já ‘*principle*’ de justiça e ‘*règle*’ geralmente seguida³⁷¹, a renitência e vaguidão, em relação ao assunto *ex post facto*, que se pode deduzir dos diferentes originais do julgamento³⁷², não obsta a se defender que a razão residia do lado do TMI quando resolveu a primeira ambiguidade no sentido de que o *nullum crimen* não era uma limitação à soberania³⁷³. Por outras palavras, o direito internacional

³⁷⁰ Assim, CAEIRO, PEDRO/LEMO, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – Judgment, *Prosecutor v. Kalimanzira*”, pp. 503 e 504 referindo-se especificamente aos estatutos dos TPIs modernos e sem menção à possibilidade de criminalização retroativa.

³⁷¹ Há que registar que o ‘desaparecimento’ da referência à justiça no original francês (GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 2) é estranho. Sobre a excruciante discussão acerca da distinção entre princípios e regras cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 6 a 8. O autor fala de regras como declarações normativas que são vinculativas para os agentes em causa, e que podem ser executadas pelo uso de coerção governamental, e considera que os princípios são conceitos, ou declarações normativas, que se podem, ou não, ter consolidado em regras de direito. Claro que, neste sentido, além de *princípio* de legalidade, o *nullum crimen* é sem dúvida a *regra de direito* objeto desta tese.

³⁷² Cf. CASSESE, ANTONIO, “Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematical Aspects”, Laurence Boisson de Chazournes & Vera Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Liber Amicorum G. Abi-Saab, The Hague: Martinus Nijhoff Pubs., 2001, pp. 433 e 434.

³⁷³ Assim, KELSEN, HANS, “Will The Judgment in the Nuremberg Trial constitute a Precedent in International Law?”, *The International Law Quarterly*, vol. 1, n.º 2, 1947, p. 165; GLASER, STEFAN, “The

não forçava nenhuma nação a reconhecer o princípio³⁷⁴ a nível doméstico nem teria ele de ser observado a nível internacional, pelo menos de forma absoluta.

Avança-se, raramente, que o artigo 23 (h) RH funcionaria como obstáculo a uma aplicação retroativa em matéria penal³⁷⁵.

Precedido pelo artigo 22, o qual estatui que o direito dos beligerantes para adotar meios de ferir o inimigo não é ilimitado – e sob a epígrafe ‘meios de ferir o inimigo, cercos e bombardeamentos’ e numa secção dedicada às ‘hostilidades’ –, o artigo estabelece que, além das proibições previstas por convenções especiais, são especialmente proibidos vários atos como o emprego de veneno ou armas envenenadas (alínea a), matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo (alínea b) e, entre outros mais, *declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis na justiça os direitos e ações dos nacionais da parte adversa* (alínea h).

Ao que parece inicialmente projetado para prevenir que uma pessoa pertencente a um estado inimigo não pudesse pedir a execução de um contrato nos tribunais da parte adversa, é duvidoso que o artigo abranja algo para além de meros problemas relacionados com obrigações contratuais e sua execução nos tribunais³⁷⁶. Por outro lado, se se fizer uma interpretação que se distancie da sua confusa história legislativa, há que declarar que o artigo tem a ver com a conduta durante as hostilidades e a alínea h não é exceção. O objetivo do artigo não é estabelecer quais os direitos e ações que não podem ser declarados abolidos, suspensos ou não admissíveis na justiça, mas tão só estabelecer o direito inicial a que os direitos e ações que existem não sejam declarados abolidos, suspensos ou não admissíveis na justiça. Em parte alguma se afirma que o *nullum crimen* existe em direito internacional.

Com tudo isto em conta, requer melhor explicação o deduzir a existência do *nullum crimen* de uma disposição que apenas afirma que existem direitos e que nem sequer o menciona, não sendo suficiente afirmar que a proibição de leis *ex post facto* seria um princípio fundamental da jurisprudência criminal sem apresentar prova para tal e sem avançar sustentação no sentido de que, a sê-lo, não poderia ser princípio aberto a exceções, nomeadamente no plano internacional.

Nuremberg Charter and New Principles of International Law”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 62; GREEN, LESLIE, “The Maxim *Nullum Crimen Sine Lege* and The Eichmann Trial”, *38 British Yearbook of International Law* 457, 1962, p. 457; POLTORAK, A. I., “The Nuremberg Trials and the Question of Responsibility for Aggression”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 448; GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 67.

³⁷⁴ Assim, BIDDLE, FRANCIS, “The Nuremberg Trial”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008 p. 205.

³⁷⁵ Assim, *Hostages*, p. 1238. O tribunal afirma ainda que o *nullum crimen* é um princípio fundamental de justiça (p. 1241).

³⁷⁶ Cf. HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, pp. 263 a 265.

Não são conhecidos, por outro lado, pronunciamentos estatais no sentido da existência do princípio neste plano³⁷⁷, não havendo por isso prática e *opinio iuris* ‘nitida’ a assinalar nem, à primeira vista, se poderia deduzir a sua existência dos princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas, constituindo o facto de apenas uma minoria de países ter disposições constitucionais que previssem o princípio³⁷⁸ um argumento forte a utilizar neste sentido. Certamente que também não se o poderia deduzir das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública. Por último, a rutura nazi em 1935 com ele³⁷⁹ – embora não seja razão para afirmar que pela equidade agora o princípio não pode ser invocado quando “já lhes serve”³⁸⁰ – não deixa de ironicamente contribuir para a conclusão. Recorde-se ainda a sua abolição na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS)³⁸¹, a sua ausência na Grã-Bretanha e outros países do *common law* e de direito islâmico e ainda a “permissão de criação de crimes por analogia” em alguns países de direito continental europeu³⁸². Os princípios de legalidade tal como aplicados nos sistemas europeus ocidentais continentais não eram reconhecidos no Japão nem noutros sistemas jurídicos asiáticos³⁸³.

De qualquer forma, mesmo que se admita que muitos estados respeitavam já no direito interno este princípio³⁸⁴, o estado do direito internacional à altura também não permitiria³⁸⁵ uma automática transposição, do campo doméstico para o direito internacional, de *nulla crimine* vigentes num domínio caracterizado pela codificação ou previsão escrita de quais os atos puníveis criminalmente.

³⁷⁷ Em *The Prize Cases*, já existia pronúncia no sentido de que o princípio *ex post facto* não poderia ser recebido como ‘com autoridade’ num tribunal que administrasse direito internacional. Cf. PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen and Related Claims*”, *25 Denver Journal of International Law & Policy* 321, 1996-1997, p. 322, n. 5.

³⁷⁸ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 240 e 241.

³⁷⁹ Cf. KREB, CLAUS, “*Nulla poena*”, pp. 3 e 4, marg. 13.

³⁸⁰ Cf., todavia, BASSIOUNI, M. CHERIF, “The ‘Nuremberg legacy’”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 590.

³⁸¹ Cf. KREB, CLAUS, “*Nulla poena*”, p. 4, marg. 14.

³⁸² Assim, GALLANT, KENNETH, “Legality as a Rule of Customary International Law: Non-Retroactivity of Crimes and Punishments”, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1864930>, p. 9, acrescentado que mesmo os EUA não proibiram de forma conclusiva expansões judiciais imprevisíveis até à década de 60.

³⁸³ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 334.

³⁸⁴ BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 329, afirma que uma vez que existiam princípios de legalidade nos sistemas europeus de justiça criminal podia-se dizer que era um princípio de direito regional obrigatório.

³⁸⁵ Em sentido diferente, cf. LATERNER, HANS, “Looking Back at the Nuremberg Trials with Special Consideration of the Processes Against Military Leaders”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 485.

Lembre-se a este propósito que em *Danzig*³⁸⁶, numa decisão normalmente identificada como a primeira de relevo sobre o *nullum crimen*, o TPJI olhou para o papel especial que a Liga das Nações tem em proteger Danzig e a sua Constituição, não tratando a questão do princípio da legalidade como questão de direitos humanos internacionais, isto é, uma questão de direito internacional relativo aos direitos de indivíduos contra estado ou autoridade do governo em geral³⁸⁷.

Ao tempo, o direito internacional ainda interferia pouco nos “arranjos internos” pelos quais os governos governavam os seus povos e os direitos humanos internacionais e o direito humanitário não se tinham desenvolvido de forma a tornar este direito oponível aos Estados³⁸⁸. Por outro lado, o julgamento de Nuremberga não estabeleceu a violação do princípio como um dos crimes contra a humanidade ou de guerra pelos quais os acusados pudessem ser condenados³⁸⁹.

Uma outra possibilidade seria a de sustentar que – ao declarar que era um princípio de justiça – o tribunal quis aclarar que ele era um princípio que existia nos ordenamentos nacionais e que até poderia ser transposto para o plano internacional, mas com limitações, atendendo ao estado de desenvolvimento do direito internacional. Desta forma, o princípio não teria sido dado como não existente no direito internacional³⁹⁰. Poder-se-ia a esta luz interpretar a afirmação de que, apesar de (alguns) direitos internos se poderem “dar ao luxo” de exigirem normalmente uma “*autorização mais explícita*” para a punição criminal, adotando para a proteção das pessoas um “princípio profilático” que proibia a retroatividade de forma absoluta, a sociedade internacional –

³⁸⁶ Advisory Opinion n.º 27, *Consistency of certain Danzig legislative decrees with the constitution of the free city*, 4 de Dezembro 1935.

³⁸⁷ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 63 e 64, avançando que se poderia, “se se quisesse”, ver aqui pressagiada a ideia de que o *nullum crimen* não era ainda uma limitação à soberania.

³⁸⁸ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 67.

³⁸⁹ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 67, afirmando ainda que em *Justice* o repúdio nazi do princípio constituiu, pelo menos, uma pequena parte da condenação dos arguidos.

³⁹⁰ Cf. VABRES, HENRI, “The Nuremberg Trial before Modern Principles of International Criminal Law”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, pp. 226 e 271. Esta é a interpretação que o juiz francês faz do julgamento em que participou e que sublinha a possibilidade de a existência do princípio em direito internacional não ser absoluta, *i.e.*, de ter de ceder perante princípios de direito internacional mais importantes. Mas comparar com BIDDLE, FRANCIS, “The Nuremberg Trial”, p. 205 e LAWRENCE, GEOFFREY, “The Nuremberg Trial”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 295, BIRKETT, NORMAN, “International Legal Theories Evolved at Nuremberg” *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 306), todos eles também juízes do TMI. Sublinhando a dúvida, PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen* and Related Claims”, p. 323. O tribunal também não parece ter-se alicerçado na parte final do artigo 6 (c), ‘em violação ou não do direito nacional’, como exclusão expressa do princípio da não retroatividade. Mas, cf. JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 42, sustentando ainda que a Comissão de Direito Internacional (CDI), no seu princípio II, também aí encontrou a razão para o afastamento do princípio da não retroatividade, mas que a aplicou a todos os crimes da Carta. O autor não fornece, no entanto, a fonte destas suas duas assunções. Sobre a abordagem do direito internacional relativamente ao direito nacional – refletida no artigo III dos Artigos da CDI sobre a Responsabilidade Estatal – e segundo a qual a caracterização de um ato como ilegal segundo o direito internacional não é afetada pela sua caracterização à luz do direito nacional, cf. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 51 e 52, acrescentando que tal posição pode ser rastreada a *Alabama Claims* (1869), e citando ainda *Free Zones* (1932) e *Greco-Bulgarian Communities* (1930).

sendo menos estável – não poderia “pagar tal luxo”, o que sendo admitido noutros aspetos, não existiria razão para ser negado neste contexto³⁹¹.

Enfim, talvez uma forma de conciliar a existência no direito internacional do princípio com a afirmação de que o princípio não era um limite à soberania, seria a de considerar que, apesar de existente como princípio geral de direito ou direito costumeiro, tal norma não tinha um *status* superior às outras e portanto poderia ser substituída por outro costume ou princípio de direito que, surgido posteriormente, diminuísse o seu alcance para que ele não abrangesse o caso em análise. A decisão de aplicação retroativa de direito para esta situação específica seria assim um costume instantâneo³⁹² com efeitos imediatos.

4.1.5. Permissibilidade de direito *ex post facto* e imoralidade

Há que ainda referir um outro conjunto de ideias.

Reconhece-se que há algo de ‘cínico’ inerente à afirmação de que os juízes podem e devem ignorar princípios de justiça ao serviço dos poderes soberanos que criaram os seus tribunais³⁹³. Mas há que confrontá-la com – ou melhor, há que considerá-la no contexto da existência de – outros princípios, eles também de justiça e que cuja ponderação judicial não reduz o tribunal a uma “mera ferramenta de manifestação de poder”³⁹⁴. Pois, se se pode dizer que a afirmação pode trazer com ela a implicação de que os direitos humanos individuais (especialmente os dos mais “*evil*”) se desvanecem perante os poderes coletivos que constituem a soberania e que, no original francês, ela poderia ter sido feita pelos próprios líderes nazis ou os da antiga União Soviética – pois estes não usavam o refreio da legalidade como assunto de justiça –, tendo cada um deles certamente pontos de vista muito diferentes sobre a identidade dos “*evildoers*” cujos direitos devem ser ignorados³⁹⁵, também se deve sublinhar que tal asserção só traz tal implicação se completamente destituída do *seu* contexto³⁹⁶.

Avança-se então neste ponto com o raciocínio de que, tendo em conta que os atos ilegais de acordo com o direito internacional, e para os quais o Acordo de Londres teria estabelecido responsabilidade criminal individual, eram certamente, de um ponto

³⁹¹ Assim, WECHSLER, HERBERT, “The issues of the Nuremberg Trial”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 318.

³⁹² Sobre este conceito cf. *infra* Parte II, 4.5.1.2.2.2.

³⁹³ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 1.

³⁹⁴ Cf. a Opinião do juiz Pal em Tóquio (no seu parágrafo trigésimo sexto).

³⁹⁵ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 2 e 3.

³⁹⁶ Os desvios, não raros, a este propósito, do original francês relativamente aos originais inglês e russo, parecem resultar mais de divergências entre juízes – as quais seriam mais bem colocadas em opiniões em separado – do que das deliberações – supostamente – em conjunto do tribunal. Curiosamente, enquanto dos outros originais resulta algum ‘à vontade’ com a possibilidade de desconsideração do *nullum crimen*, o mesmo não se pode dizer do original francês. Daí que talvez a “regra geralmente seguida” do original francês seja inculcação mais forte do que uma sua interpretação mais literal poderia levar a pensar.

de vista moral, também altamente censuráveis – e as pessoas que cometeram esses atos estavam certamente conscientes do seu caráter imoral – a retroatividade da lei aqui em causa dificilmente poderia ser considerada como, em absoluto, incompatível com a justiça pois, caso dois postulados desta estejam em conflito, o mais elevado prevalece³⁹⁷.

A punição dos moralmente responsáveis pelo crime internacional da Segunda Guerra poderia certamente ser considerada como mais importante do que o cumprimento da regra contra leis *ex post facto* aberta a muitas exceções³⁹⁸, a qual, caso contrário, se transformaria numa regra inflexível que, nas circunstâncias, estaria em conflito direto com a própria ideia de justiça em que se funda³⁹⁹.

A ideia de que os crimes em causa foram tão sem precedente na sua premeditação e crueldade, permitiria a perspectiva de que há justificação suficiente para um afastamento das formas e princípios aceites no direito internacional⁴⁰⁰ e que esse afastamento corresponderia ao desejo geral de justiça⁴⁰¹. E ainda autorizaria o ponto de vista que o direito no seu sentido convencional teria sido conscientemente desconsiderado⁴⁰². Ou então, voltando ao direito natural, o horror dos eventos teria levado muitos positivistas a decidir que o direito natural da humanidade proibia os atos em causa⁴⁰³.

Também se sustenta que existe na sociedade civilizada um determinado núcleo de normas que, se desrespeitadas, podem justificar a punição ou legislação retroativa, sendo estas normas óbvias e bem conhecidas dos cidadãos em países civilizados⁴⁰⁴.

E considera-se que dada a gravidade das infrações cometidas pelos nazis, um desvio tão pequeno ao princípio da proibição da retroatividade da lei seria justificável, tendo a adequação de aplicar aos criminosos nazis uma abordagem que seria injusta em relação a outras pessoas e estados sido plenamente reconhecida pela comunidade mundial, como resulta dos artigos 107 da

³⁹⁷ Assim, KELSEN, HANS, “Will the Judgment”, p. 165. Cf., também, MERKEL, REINHARD, “The law of the Nuremberg Trial: valid, dubious, outdated”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 568.

³⁹⁸ Assim, KELSEN, HANS, “Will the Judgment”, p. 165.

³⁹⁹ Assim, GOODHART, A. L., “The Legality of the Nuremberg Trials”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 636.

⁴⁰⁰ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 60.

⁴⁰¹ Assim, JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The Development of International Criminal Law after Nuremberg”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 413.

⁴⁰² Assim, KRANZBUHLER, OTTO, “Nuremberg Eighteen Years Afterwards”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 435

⁴⁰³ Ideia em GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 404.

⁴⁰⁴ Assim, ANDERSON, GARY, “The *Mauerschützenprozesse* and the Principle of *Nullum Crimen Sine Lege*”, *German Politics*, vol.7, N.º 2, 1998, p. 54.

Carta da ONU⁴⁰⁵, 7 (2) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e 15 (2) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁴⁰⁶.

Considerações todas estas de “justiça substantiva” que, na verdade, não explicam cabalmente o conteúdo da exceção à “justiça formal”⁴⁰⁷. Repare-se que, em todo o conjunto de ideias, o que estaria em causa, sob a veste de considerações de justiça *aparentemente* independentes do direito aplicável, seria a admissão implícita de que o *nullum crimen* também deveria existir no direito internacional e que só não deveria ser respeitado caso colidisse frontalmente com a ideia de justiça. Que as posições em análise aparentem alicerçar-se mais numa solução ‘de natureza política’ do que numa ‘de direito’ deve-se seguramente ao facto de que o que era justo parecia tão evidente que uma explicação convincente em termos de direito internacional aplicável quase que se afigurava dispensável.

4.2. Fontes e interpretação jurídica

4.2.1. Um novo contexto internacional no início do século XX

Há que sublinhar que fenómenos tais como o da existência de tratados em que praticamente todos os estados do mundo são parte (Convenções de Haia e Pacto de Paris) ou o de os estados expressarem as suas opiniões jurídicas em organizações de vocação universal (Liga das Nações) eram à altura relativamente recentes.

A não perceção exata das implicações jurídicas que se pudessem tirar de tais factos não significa que os processos já não estivessem em movimento e que uma determinação jurídica sobre a sua importância não tivesse um dia de ser feita.

⁴⁰⁵ “Nada na presente Carta [da ONU] invalidará ou impedirá qualquer ação que, em relação a um Estado inimigo de qualquer dos signatários da presente Carta durante a Segunda Guerra Mundial, for levada a efeito ou autorizada em consequência da dita guerra pelos governos responsáveis por tal ação”.

⁴⁰⁶ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN INTERNATIONAL LAWYERS REGARDING THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN KONONOV V. LATVIA <http://www.google.pt/url?url=http://www.mid.ru/bdcomp/ns-dgpch.nsf>, p. 3. Poder-se-ia então ser levado a pensar que, indiretamente, se reconheceria que estas leis (principalmente, a Carta do TMI), continham elementos retroativos e só deveriam ser aplicadas aos criminosos dos países do Eixo e concluir-se-ia que, em 1945, as Nações Unidas fizeram uma escolha jurídica, política e ética consciente de permitir uma aplicação parcial retroativa da lei penal – exclusivamente para as potências do Eixo – com o objetivo de perseguir criminosos de guerra destas potências, não se estendendo essa aplicação aos Aliados, tendo sido esta decisão *ad-hoc* sido posteriormente reconhecida como correta por toda a comunidade mundial. Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 4.

⁴⁰⁷ Assim, também, ROBINSON, DARRYL, “International Criminal Law as Justice”, p. 708. Para um panorama sobre a controvérsia positivismo versus naturalismo a propósito da Carta cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 307 e ss.

4.2.2. Fontes e a sua leitura em conjunto

Da ‘atitude interpretativa’ utilizada pelo TMI resulta claro que olhou não só para os *tratados e costume*⁴⁰⁸, mas também para os *princípios gerais de justiça aplicados por juristas e por tribunais militares*⁴⁰⁹. Também, por exemplo, quando sustenta que “as disposições do artigo 8 da Carta estão em conformidade com o direito de todas as nações” – afirmação que presumivelmente se refere às leis internas de todas as nações – parece aceitar princípios gerais de direito dedutíveis do direito de todas as nações enquanto fonte de direito⁴¹⁰. Postura esta certamente sintonizada com as fontes de direito internacional previstas no ETPJI.

Possivelmente também perspetivou a *consciência mundial* como fonte de crimes de direito internacional e atente-se ainda que referiu – a propósito do maltratar de prisioneiros de guerra – que eles foram “torturados e assassinados, não só *em desafio* das regras bem estabelecidas de direito internacional, mas também com *total desrespeito dos ditames elementares da humanidade*”⁴¹¹. Se uma ausência de referência explícita à cláusula, e uma certa (con) fusão entre as ‘leis da *humanidade*’ e os ‘*ditames da consciência pública*’, são de assinalar, a ideia que parece estar nas entrelinhas é a de que uma conclusão, no sentido de que existiu um ‘total desrespeito dos ditames *elementares* de humanidade’, poderia dar azo *por si só* a consequências jurídicas.

Mais à frente o tribunal tomou como correcta a consideração de que “[a] Convenção de Genebra sobre o tratamento de prisioneiros de guerra não é vinculativa entre a Alemanha e a URSS. Assim, apenas *os princípios de direito internacional geral* sobre o tratamento de prisioneiros de guerra se aplicam”⁴¹². Avança-se que o tribunal teria que ter estado com o direito

⁴⁰⁸ Note-se o uso aparentemente indiferenciado pelo TMI (*Göring*, p. 121) das expressões ‘costumes’ e ‘práticas que se tornam em direito da guerra através de um gradual reconhecimento universal’.

⁴⁰⁹ No original francês as leis da guerra “*se dégagent d’us et coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes, de la jurisprudence des tribunaux militaires*”.

⁴¹⁰ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 119. O autor refere que o tribunal se refere às “leis de todas as nações”.

⁴¹¹ Nuremberga, p. 450 (itálicos adicionados). Tradução baseada no original inglês: “*Prisoners of war were ill-treated and tortured and murdered, not only in defiance of the well-established rules of International Law, but in complete disregard of the elementary dictates of humanity. Civilian populations in occupied territories suffered the same fate*” (sublinhado adicionado). Já o original francês é menos misterioso: “*Des prisonniers de guerre furent maltraités, torturés et assassinés, non seulement en violation des règles du Droit international, mais encore au mépris des principes d’humanité les plus élémentaires; les populations civiles des territoires occupés subirent le même sort*” (sublinhado adicionado).

⁴¹² *Göring*, pp. 452 e 453.

costumeiro em mente⁴¹³. Com toda a probabilidade (também) sim, mas talvez algo próximo da interpretação que se deu à cláusula na primeira Parte desta tese também estivesse implícito.

Por outro lado, a ‘atitude’ referida está em consonância com uma visão das fontes de direito em que os princípios gerais de direito são fonte em pé de igualdade com o costume e os tratados.

Neste contexto é importante referir que, quando os membros da comunidade internacional sustentam a “visão tripartida” das fontes de direito, isso significa, pelo menos, que aceitam (consentem) a formação de normas com base numa destas três fontes, o que, por sua vez, traz a consequência de que o sistema de direito internacional não opera, a partir deste momento, somente com base no consentimento estatal⁴¹⁴. Sublinhando-se ainda que consentir nas fontes não quer dizer que cada uma das fontes tenha de ser fundada no consentimento e acrescentando-se que não faria sentido um sistema de direito se, ao fim e ao cabo, os seus sujeitos pudessem agir como muito bem entendessem⁴¹⁵.

A ideia que fica é a de que, na ‘busca’ encetada pelo tribunal, a preocupação não esteve tanto na dedução da norma forçosamente a partir de uma específica fonte, mas mais na tentativa de justificação cabal para a existência de uma norma jurídica internacional, usando-se uma leitura em conjunto das fontes de direito internacional, e não resultando desta ‘atitude’, liberal dir-se-ia, que fosse absolutamente necessário que a norma resultasse de uma fonte *per se*⁴¹⁶. Esta é uma abordagem que, não só parece adequada à época, como porventura ainda hoje não deve ser descartada⁴¹⁷.

De facto, em direito penal internacional – e na jurisprudência de Nuremberga em particular – não é incomum que os juízes cite mais do que um fundamento para uma condenação criminal, incluindo princípios gerais definidos amplamente, e o facto de ser um desses fundamentos, em virtude da sua especificidade, o menos controverso, não significa que o “lembrete” não tenha o *status* de norma jurídica⁴¹⁸.

⁴¹³ DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 126.

⁴¹⁴ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, 51.

⁴¹⁵ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, 51.

⁴¹⁶ CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 21 adianta que as fontes previstas no artigo 38 do ETIJ são normalmente apresentadas em separado mas na prática se influenciam umas às outras.

⁴¹⁷ Os TPIs modernos, sob o disfarce de que estão a aplicar rigorosamente direito costumeiro, procedem de forma muito similar. Cf. *infra* Parte III.

⁴¹⁸ Assim, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting”, p. 11.

Acompanha-se, assim, a afirmação de que as normas de direito internacional são determinadas pelo exame de todas as suas fontes, incluindo as fontes subsidiárias⁴¹⁹. Desse exame resultará a norma a aplicar no caso concreto. 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*⁴²⁰.

4.2.3. Métodos de interpretação

Algo normalmente não acentuado, mas que o deve ser, é que a declaração, de que o *nullum crimen* não era ainda um princípio de direito internacional à data, significa, não só que se poderia aplicar direito retroativamente, mas também que o *nullum crimen* não condicionava os métodos de interpretação utilizados pelo tribunal, que poderia assim, pelo menos, utilizar os métodos de interpretação jurídica normais, não limitados pelas exigências de interpretação ‘mais estrita’ que já então andavam associadas a alguns *nulla crimene* domésticos.

E não se pode deixar de explicitar que, num sistema em que haja que respeitar um princípio da legalidade estrito, a conclusão de direito no sentido de que determinado comportamento é um crime é mais difícil do que num sistema em que o princípio da legalidade seja menos exigente. Uma ‘mesma disposição jurídica’ existente nos dois sistemas – quando confrontada com um caso concreto – pode não autorizar a conclusão de que um determinado comportamento é crime no primeiro sistema mas já ser suficiente para isso no segundo. Quanto mais estrito o *nullum crimen*, menos comportamentos caem no âmbito de uma dada disposição criminal.

Da mesma forma, quanto mais estrito ele for, a nível internacional, menos comportamentos podem ser judicialmente considerados como criminais de acordo com o direito internacional. Tendo em conta que o estado de desenvolvimento deste à altura espelhava o *common law*⁴²¹ na sua génese, em que os princípios são de início vagamente enunciados para depois se tornarem gradualmente mais precisos através da

⁴¹⁹ WRIGHT, QUINCY, “The law of the Nuremberg Trial”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 340.

⁴²⁰ Assim, também, GLASER, STEFAN, “La Méthode d’Interpretation en Droit International Pénal”, *9 Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966, p. 766.

⁴²¹ Assim, STIMSON, HENRY, “The Nuremberg Trial: landmark in law”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, pp. 618 a 622. Afirmação que poderia provavelmente ser replicada na década de 90. De anotar que a tradição do *common law* – caracterizada pelo pragmatismo e menos constrangida por considerações dogmáticas e doutrinárias que os sistemas germânicos e romano-civilísticos (BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 478) – desde cedo assumiu papel predominante no direito penal internacional. Papel que possivelmente se estará a esbater em resultado do modo de funcionamento e composição do novo Tribunal Penal Internacional (TPI).

sua aplicação em circunstâncias particulares⁴²², e não havendo ainda em direito internacional, nomeadamente no seu plano criminal, uma obrigação de usar este ou aquele método de interpretação, parece de defender que o tribunal se deveria ter guiado pelos critérios de interpretação que mais se adequassem ao estágio de desenvolvimento do direito internacional à altura.

Em Nuremberga foi a primeira vez que no plano internacional se colocou a ‘questão dos métodos’ no âmbito criminal, sendo que, enquanto tribunal de direito, o tribunal devia ser orientado pelo desiderato de eleger a melhor solução de direito para o problema da escolha dos métodos.

Do lado da aplicação do direito no tempo, a escolha que fez, decorrente da afirmação de que o *nullum crimen* não era uma limitação à soberania, e que assim eventualmente poderia ter lugar uma aplicação retroativa da lei, parece acertada, não se podendo dizer que os arguidos poderiam contar com – ou ter direito a – um outro tipo de solução.

Do lado da escolha do método interpretativo, não só não se poderia dizer que os arguidos poderiam contar com – ou ter direito a – um outro tipo de interpretação, como também não se poderia defender que um tipo de interpretação anteriormente utilizado houvesse sido imprevisivelmente substituído por um outro.

Por outro lado, o tribunal, apesar de ter considerado que o *nullum crimen* não era uma limitação à soberania como que sustentou que, se o tivesse de respeitar, as conclusões a que chegou não seriam diferentes⁴²³. O que significa que o método utilizado pelo tribunal para *demonstrar o estado do direito internacional* antes do começo da guerra é um método que, segundo o tribunal, teve em consideração as exigências de respeito pelo *nullum crimen*⁴²⁴.

Enfim – pode-se já adiantar –, não há vestígios de que o uso deste método⁴²⁵ seja hoje ilegal. Bem pelo contrário, explícita e/ou implicitamente, tem sido sucessivamente sufragado.

⁴²² WRIGHT, QUINCY, “The law of the Nuremberg Trial”, p. 339. Cf., também, STEPHEN, J.F., *Digesto of Criminal Law*, 1877, pp. 108 e 109.

⁴²³ Com esta última conclusão, também, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 136, n. 7.

⁴²⁴ Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 68, considerando os esforços do tribunal como não completamente convincentes.

⁴²⁵ O qual se poderia arguir ter sido pronunciado, tecnicamente, como *obiter dictum*. SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 126.

4.3. Responsabilidade criminal individual de direito internacional

A assunção é, como parece óbvio, a de que quando os estados reconheciam no pós-Primeira Guerra que existiam crimes cometidos em violação das leis e *costumes* de guerra e, por exemplo, que a agressão é um crime *internacional*, supunham que existiam tais criaturas. Não parece viável defender que os estados ao se referirem a tais costumes ou a este crime estivessem com qualquer plano, que não o internacional, em mente.

Por outro lado, o tal direito de punição, *implícito* no direito de fazer guerras por causas humanitárias, e concomitante dever de não fazer determinadas coisas cuja violação lhe dá azo, não parecem poder vir de outro sítio que não do *jus gentium*. Também neste contexto não parece que a dominância da escola positivista desde os finais do século XVIII, para quem a noção de que o direito internacional podia prescrever responsabilidade para a má conduta dos indivíduos seria anátema⁴²⁶, possa embaraçar a posição aqui seguida.

Assim, tendo em conta que, ao contrário de muitas leis domésticas, os instrumentos internacionais que estabelecem proibições criminais, normalmente, não têm “definições orientacionais detalhadas” ou elementos dos crimes, raramente estabelecem penas e a palavra ‘crime’ em geral não aparece⁴²⁷, a determinação sobre se o direito internacional cria responsabilidade criminal individual dependerá de outras considerações tais como⁴²⁸: se a norma de proibição em questão é dirigida a indivíduos, estados, grupos ou outras autoridades, e/ou a todos estes; qual a medida em que a proibição é dirigida aos indivíduos; se a proibição é de carácter inequívoco; a gravidade do ato e os interesses da comunidade internacional. Concluindo-se, que a responsabilidade penal dos indivíduos não é descartada pelo facto de a obrigação ser dirigida aos governos se os indivíduos claramente tiverem de cumprir a obrigação em causa⁴²⁹. Explica-se, desta forma, que os tribunais de Nuremberga tenham tido como

⁴²⁶ RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 4. De qualquer forma, se se admitisse esta ideia, ela certamente teria sido rejeitada de forma cabal no-pós Primeira Guerra. Mesmo quem afirma que nos anos 20 era disseminada a noção de que o direito internacional estava inteiramente dependente da vontade, expressa ou implícita, dos estados, e que estes eram os sujeitos exclusivos de direito internacional, assere que, mesmo nesta altura, o cume do positivismo, o TPJI indicava que o direito internacional podia reconhecer direitos aos indivíduos. Assim, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 5.

⁴²⁷ Assim, PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen and Related Claims*”, p. 321.

⁴²⁸ Considerações em MERON, THEODOR, “*International Criminalization of Internal Atrocities*”, *The American Journal of International Law*, vol. 89, n.º 3, 1995, p. 562.

⁴²⁹ Neste sentido, MERON, THEODOR, “*International Criminalization of Internal Atrocities*”, p. 562

obrigatórias, não só para a Alemanha, mas também para os arguidos individualmente considerados, as disposições da CG 1929 e da CH 1907 que eram dirigidas a ‘beligerantes’, ao ‘ocupante’ ou a ‘um exército de ocupação’⁴³⁰. E o passo seguinte seria então o de sublinhar que, no caso de violações graves do *jus in bello*, a sujeição imediata dos indivíduos a este direito implica, pela própria natureza das coisas, uma responsabilidade de carácter criminal⁴³¹. Ou então, em alternativa, o de salientar *aquela ideia*⁴³² de que no pós-Primeira Guerra se tornou clara a existência de responsabilidade criminal internacional por crimes de guerra em violação das normas costumeiras correspondentes às disposições de Haia⁴³³.

De qualquer forma, a decisão do TMI não parece primar pela transparência pois, apesar de aludir às proibições da CH 1907 como crimes, depois referiu-se à disposição do artigo 6 (b), considerando que esta estava ‘coberta’ especificamente pelos artigos 46, 50, 52 e 56 dos RH 1907, e pelos artigos 2, 3, 4, 46 e 51 da CG 1929, não se compreendendo porque é que foram estes e não outros os artigos que o tribunal decidiu mencionar. De qualquer forma, o tribunal também se referiu às proibições de certos métodos de fazer guerra previstos nos RH 1907 como crimes, o que leva à conclusão de que, por exemplo, todos os comportamentos previstos no artigo 23 RH são crime.

Avança-se, talvez tendo esta menor transparência em mente, que o TMI não forneceu uma explicação muito satisfatória a respeito de como é que certos aspetos das convenções de Haia e de Genebra tão rapidamente se transformaram em normas costumeiras⁴³⁴. Em Tóquio, de forma mais mitigada, mas substancialmente idêntica, sustentou-se que – apesar da eficácia das convenções de Haia enquanto obrigações provenientes diretamente do tratado ter sido consideravelmente prejudicada pela incorporação da chamada cláusula de participação geral – a CH 1907 permanece como bom indício do direito costumeiro dos povos, a ser considerada, juntamente com todos os outros indícios disponíveis, para a determinação do direito costumeiro a ser aplicado⁴³⁵. Não estando a lidar com as disposições de Haia *per se* mas com as normas costumeiras concomitantes, e tomando estas como protegendo valores importantes, observa-se, de forma provavelmente certa, que o TMI parece ter adotado a perspectiva de que as violações sérias das leis e costumes de guerra são comportamentos criminais⁴³⁶.

Afirma-se também que a abordagem geral dos dois tribunais foi apropriada nas circunstâncias, pois os crimes, pelos quais os arguidos em Nuremberga foram acusados,

⁴³⁰ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 114.

⁴³¹ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 65.

⁴³² Cf. *supra* Parte I, 12.3.

⁴³³ Mas cf. BANTEKAS, ILIAS, “Reflections”, pp. 122 e 123.

⁴³⁴ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, pp. 417 e 418.

⁴³⁵ *Tokyo*, para. 48,491.

⁴³⁶ Neste sentido, CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić and the War Crime of Terror Bombing”, *2 IDF Law Review* 75, 2005-2006, p. 95.

incluindo homicídio, tortura e escravidão, realizados numa escala enorme, eram “tão claramente criminosos” à luz de todos os sistemas jurídicos domésticos que “difícilmente poderia ser dito que a perspectiva de responsabilidade penal era para eles imprevisível”⁴³⁷. Enfim, em última análise, avançava-se que, como o *nullum crimen* “se preocupa” é com a justiça para com o arguido, “não se poderia dizer que os processos de Nuremberga a comprometeram”⁴³⁸.

Seja como for, a ideia, mais ou menos consensual, que por todos estas considerações perpassa é que o direito internacional pode definir um ato e torná-lo punível sem mencionar explicitamente processos penais, tribunais ou penas⁴³⁹.

É relativamente pacífico que a afirmação de que a responsabilidade criminal individual por crimes de direito internacional existia à data dos factos, tal qual sustentado pelo TMI, é correta⁴⁴⁰.

A ideia de que os indivíduos e atores não estatais podiam ser sujeitos de direito internacional não era propriamente uma novidade. Em adição à responsabilidade penal por crimes de guerra, agressão e contra a humanidade⁴⁴¹, também existia a possibilidade de punição criminal individual pelo ‘crime internacional’ de pirataria⁴⁴².

Ao que se juntariam possivelmente as proibições criminais relativas ao tráfico escravo⁴⁴³ e à proteção de minorias⁴⁴⁴. A punição criminal por crimes de guerra

⁴³⁷ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 418. De outra perspectiva, poder-se-ia avançar também que a confiança dos iniciadores da guerra na impunidade das suas ações se tinha tornado “finíssima” tendo em conta os desenvolvimentos antes da Segunda Guerra. Assim, MERKEL, REINHARD, “The law of the Nuremberg Trial”, p. 570

⁴³⁸ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 418.

⁴³⁹ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 258.

⁴⁴⁰ LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, pp. 60 a 69. GOODHART, A. L., “The Legality of the Nuremberg Trials”, pp. 630 e 631. GLASER, STEFAN, “The Nuremberg Charter”, p. 57. Em sentido de que não existia responsabilidade criminal, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 2.

⁴⁴¹ Cf. *infra* Parte II, 4.5., 4.6. e 4.7.

⁴⁴² Cf. GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, pp. 430 a 43, com exemplos; FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, pp. 35, 51 e 52. A pirataria é um crime internacional não por causa do choque ou horror associado ao seu cometimento mas porque requer cooperação internacional para a sua repressão. Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 29. Cf., ainda, GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, pp. 110 a 113. Segundo WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 49, marg. 133, a pirataria é um exemplo clássico de um crime doméstico que pode ser perseguido à luz do direito costumeiro internacional através de jurisdição universal.

⁴⁴³ ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature*, pp. 35 a 37, referindo-se ainda a crimes contra diplomatas. Cf., também, GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, p. 110. RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 115 afirmam que provavelmente as proibições contra a escravatura e comércio de escravos são as normas internacionais mais antigas dirigidas à proteção da dignidade humana. A convenção de 1926 sobre a escravatura proíbe trabalho forçado para propósitos privados e obriga os estados-parte a criminalizar e perseguir as infrações à convenção. Assim, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 118. Segundo WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 353 e 354, marg. 929, foi o comércio escravo transatlântico e os esforços internacionais para o abolir que levaram à criação dos primeiros tribunais internacionais.

constituía o campo onde a dúvida sobre a existência de responsabilidade criminal individual era menor.

4.4. O *nullum crimen* e os crimes de guerra

Se se assevera que, antes do nascimento do direito internacional humanitário, a lei – se é que assim podia ser chamada – era a de que os derrotados podiam ser ou tornados escravos ou simplesmente executados, não existindo qualquer sugestão de que para tal suceder tivessem que ter violado algum costume de guerra⁴⁴⁵, também se adianta que a existência de crimes de guerra era evidente na história de tradições culturais e religiosas diversas e que as sanções penais para excessos de guerra pré-datavam até uma qualquer noção de direito internacional⁴⁴⁶. Em geral, com mais segurança e em sintonia com a decisão do tribunal, parece certo que a violação das leis e costumes de guerra, quando essa violação constituir um crime de guerra⁴⁴⁷, poderia acarretar responsabilidade criminal individual – em virtude de um processo de criação de direito costumeiro, pela comunidade das nações, influenciado pelos tratados de Haia e Genebra sobre as leis da guerra⁴⁴⁸, mas que é anterior a estes⁴⁴⁹ –, não existindo aqui qualquer questão de retroatividade.

Por vezes, conclui-se – a partir das regras da CH 1907 que prevêm compensações – que a violação de regras da guerra é limitada a indemnização pecuniária⁴⁵⁰. No entanto, não existe dúvida de que estas disposições se referem à responsabilidade do Estado como um todo e que o seu objetivo não foi o de excluir a responsabilidade dos indivíduos, ou o de afastar o direito costumeiro que permite aos estados punir indivíduos inimigos pela violação das regras de guerra⁴⁵¹.

Mas, admitindo que a jurisprudência de Nuremberga deu pouca atenção ao processo através do qual as várias disposições de tratados se transformaram em direito

⁴⁴⁴ Cf. SCHABAS, WILLIAM, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 15; SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, pp. 144 a 146.

⁴⁴⁵ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal, A Judge's Recollection*, Oxford University Press, 2012, p. 5.

⁴⁴⁶ Assim, MCCORMACK, TIMOTHY, “From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime”, Timothy L.H. McCormack and Gerry J. Simpson (eds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, pp. 31 e 32.

⁴⁴⁷ LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 79. Segundo WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 392, marg. 1029, um crime de guerra é uma violação de uma regra de direito internacional humanitário que cria responsabilidade criminal direta à luz do direito internacional.

⁴⁴⁸ Cf. LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, pp. 60 a 69.

⁴⁴⁹ Cf., também, PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen* and Related Claims”, *passim*, por exemplo, p. 326.

⁴⁵⁰ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 65.

⁴⁵¹ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 65.

costumeiro, e apesar de não se levar a cabo aqui uma dissipação de todas as dúvidas, relativamente a todas as disposições, decide-se como adequado empreender uma análise, ainda que ligeira, do quadro geral em termos de responsabilidade penal do direito da guerra em existência à altura.

4.4.1. Análise antes da Primeira Guerra – as primeiras codificações

Com o desiderato de que a guerra seja levada a cabo com justiça não menos do que pela força, as leis e costumes de guerra, criados por consentimento entre as nações que constituem a comunidade internacional, foram-se desenvolvendo de uma forma análoga à do *common law*⁴⁵².

Historicamente, a reciprocidade foi fundamental para o desenvolvimento do direito da guerra, servindo como justificação para a formação de normas e como fator importante para garantir o seu respeito e desencorajar violações, sendo assim o direito da guerra paradigmaticamente inter-estatal⁴⁵³. Como que impulsionado por responsabilidade coletiva, recorria às sanções coletivas do direito internacional clássico: represálias beligerantes *in bello* e reparações de guerra *post bellum*⁴⁵⁴. Quando um soldado violava as regras, o seu estado era, em geral, responsável pela violação, não para com as vítimas, mas para com o estado das vítimas⁴⁵⁵.

Mas, e ao mesmo tempo que é verdade que a noção de crimes de guerra pode ser rastreada até muitos séculos atrás⁴⁵⁶, não o é menos que os meados do século XIX testemunharam um período de codificação contínua dos atos que constituem crime de guerra⁴⁵⁷ e em relação aos quais um indivíduo podia ser considerado penalmente responsável⁴⁵⁸. O facto de não ser claro, em termos de pura lógica jurídica ao que se pensa, se um beligerante – caso quisesse punir um criminoso de guerra estrangeiro –

⁴⁵² Assim, BAXTER, RICHARD, “The First Modern Codification”, p. 127. Cf., também, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 120.

⁴⁵³ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 1.

⁴⁵⁴ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 2.

⁴⁵⁵ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 2.

⁴⁵⁶ Algumas das ‘violações das leis e costumes de guerra’ eram condenadas já na ‘idade antiga’, por exemplo, na *Iliada*, punindo os deuses, à “falta de tribunal internacional”, Aquiles pela sua violação. Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 31, acrescentando que em *Antígona* volta a ideia de normas *supra*-estatais para proteger valores fundamentais, tais como a dignidade inerente a um corpo morto. O direito a ferir cessaria com a morte. ALBERICO GENTILI, *De Jure Belli Libri Tres*, Carnegie ed., 1933, p. 278, citado em MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 76, n. 36.

⁴⁵⁷ Cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp.62 a 64.

⁴⁵⁸ Assim, *Kononov II*, para. 207. Cf., também, DARCY, SHANE, “The Reinvention of War Crimes by the International Criminal Tribunals”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, p. 108.

tinha ou não jurisdição sobre combatentes inimigos capturados⁴⁵⁹, e apesar de não terem existido procedimentos a nível internacional e de os poucos processos por violações das convenções de Haia terem tido lugar a nível nacional, tal não significa que o direito internacional sobre o assunto não existisse, mas sim que a prevalência de uma “forte filosofia de soberania do estado-nação” significava que era expectável que cada estado lidasse com os crimes cometidos pelos seus próprios nacionais e por aqueles que se encontrassem em sua custódia e tivessem cometido crimes contra esse estado⁴⁶⁰.

O Código Lieber é considerado como a primeira tentativa de codificar as leis e costumes da guerra e, embora aplicável somente às forças americanas, sustenta-se, por vezes, que representava um resumo das leis e costumes da guerra existente na época⁴⁶¹. Uma leitura superficial do código mostra evidente a existência de responsabilidade criminal individual por violações das leis e costumes de guerra⁴⁶².

Segundo o código a jurisdição militar é de dois tipos: primeira, a que é conferida e definida por lei; segunda, a que é derivada do *direito comum de guerra*. As infrações militares em virtude da lei devem ser julgadas nos termos aí definidos. Infrações militares que não se enquadrem na lei devem ser *judgadas e punidas nos termos do direito comum de guerra* (artigo 13).

O Manual de Oxford de 1880 (*Rules of Land Warfare*), influenciado pela Declaração de Bruxelas e elaborado pelo Instituto de Direito Internacional, tinha o propósito de ajudar os governos na formulação de legislação nacional sobre as leis e costumes de guerra⁴⁶³.

Se alguma das regras anteriores for violada, a parte que cometeu a infração deve ser *punida, depois de uma audiência judicial*, pelo beligerante em cujas mãos esteja e, por conseguinte (Parte III: *Sanções penais*), *os infratores das leis da guerra* são passíveis de punições previstas na lei penal (artigo 84).

4.4.2. Entre as guerras – o Relatório da Comissão e o Tratado de Versalhes

⁴⁵⁹ Esta falta de clareza é sublinhada em MERON, THEODOR, *The Making*, p. 79.

⁴⁶⁰ Assim, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 142. Cf., por exemplo, com inúmeros exemplos de julgamentos por crimes de guerra, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 62 a 64. Exemplos também em *Kononov II*, paras. 97 a 103.

⁴⁶¹ Assim, *Kononov II*, para. 63.

⁴⁶² Conferir os artigos 13, 16, 37, 44, 47, 59, 71, 77, 101, 88, 104.

⁴⁶³ *Kononov II*, para. 80.

O Relatório da Comissão⁴⁶⁴ apresentou uma lista de cerca de novecentos alegados criminosos de guerra e uma lista não exaustiva de trinta e dois delitos cometidos durante a guerra e considerados contrários às leis e costumes existentes, incluindo: homicídios e massacres; tortura de civis; imposição de sanções coletivas; devastação arbitrária e destruição de propriedade; maus-tratos a feridos e prisioneiros de guerra⁴⁶⁵. E concluía, em relação à responsabilidade criminal individual, que ela abrangia todas as pessoas independentemente de posição e categoria que tenham sido culpadas de delitos contra as leis e costumes da guerra ou as leis da humanidade⁴⁶⁶.

Na senda deste relatório, o Tratado de Versalhes, tratado de paz que fecha uma guerra e lança as fundações de uma outra⁴⁶⁷, e sua ‘nova política’ de perseguir os criminosos de guerra⁴⁶⁸ do estado agressor vencido após o fim das hostilidades⁴⁶⁹, acaba com qualquer dúvida que pudesse restar a este respeito.

Numa secção designada como ‘sanções’⁴⁷⁰, contém uma disposição em que se afirma que o governo alemão reconhece o direito das potências aliadas e associadas de julgar em tribunais militares pessoas acusadas de terem cometido atos em violação das leis e costumes de guerra e que essas pessoas, se consideradas culpadas, serão

⁴⁶⁴ A Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e sobre a Aplicação de Sanções (Comissão) estava encarregada pela Conferência de Paz de Paris de preparar um relatório, *inter alia*, concernente aos factos correspondentes à violação das leis e costumes de guerra por forças do império alemão e seus aliados (incluindo oficiais turcos), ao grau de responsabilidade dos membros das forças inimigas por tais infrações, bem como à constituição e procedimento de um tribunal apropriado para o julgamento de tais delitos.

⁴⁶⁵ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, pp. 114 e 115

⁴⁶⁶ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, p. 117. A inclusão dos chefes de estado sofreu oposição forte dos representantes americanos que achavam que estes só eram responsáveis perante o seu próprio povo por violações da lei, incluindo, no que ao seu país diz respeito, as leis e costumes de guerra. Eles só seriam responsáveis perante a humanidade de um ponto de vista moral e não jurídico. Cf. COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, ANNEX II – Memorandum of Reservations presented by the Representatives of the United States to the Report of the Commission on Responsibilities, pp. 147 a 150, acrescentando-se neste anexo que a Comissão não se persuadiu com esta argumentação jurídica. Cf., também, HISTORY OF THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION AND THE DEVELOPMENT OF THE LAWS OF WAR, London, 1948, pp. 39 e 40. A posição americana foi revertida no final da Segunda Guerra e apelidada por Robert Jackson como relíquia dos direitos divinos dos reis. JUSTICE JACKSON'S REPORT TO THE PRESIDENT ON ATROCITIES AND WAR CRIMES, 7 de Junho 1945. (disponível em http://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack01.asp).

⁴⁶⁷ Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 38.

⁴⁶⁸ Durante a guerra já tinham tido lugar alguns julgamentos de soldados alemães por tribunais militares dos Aliados nos quais o direito das nações foi aplicado com base nos princípios da territorialidade e da personalidade. Esta informação em MCCORMACK, TIMOTHY, “From Sun Tzu to the Sixth Committee”, p. 44.

⁴⁶⁹ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: Foundations and General Part*, vol. I, Oxford University Press, 2013, p. 2.

⁴⁷⁰ ‘Sanctions’ no original francês, ‘penalties’ no original inglês.

condenadas a penas estabelecidas por lei (artigo 228, parágrafo 1)⁴⁷¹. Previa-se ainda o julgamento de pessoas culpadas de atos criminosos contra os cidadãos das potências aliadas e associadas em tribunais dessas potências ou em tribunais militares compostos por membros das potências afetadas pelos crimes em causa (artigo 229).

Apesar de se poder propor que estas disposições refletem a perspectiva americana de que tanto a jurisdição como as definições criminais não devem ser retroativas⁴⁷², o que é facto é que é reconhecida, não só – a nível de um tratado e, pela primeira vez, de forma explícita – a responsabilidade criminal individual por crimes de direito internacional⁴⁷³, como também a circunstância de que tal responsabilidade não tem limites de categoria ou posição⁴⁷⁴. Não se rejeitando a advertência de que o facto de cinco poderes vitoriosos e a Alemanha terem acordado qualquer coisa não cria direito internacional aplicável aos outros estados⁴⁷⁵, o que é de sublinhar é o carácter *não de criação* mas de *reconhecimento* subjacente àquele facto.

A Alemanha tinha adotado uma lei para implementar os artigos 228 e 229 para realizar procedimentos criminais contra suspeitos alemães no seu próprio tribunal supremo, mas os aliados reservaram-se o poder de levar a cabo julgamentos nos seus tribunais, caso os processos sugeridos pela Alemanha tivessem o efeito de evitar uma intencionada *nemesis*⁴⁷⁶.

Em 1920, numa conferência dos Aliados tomou-se a decisão de deixar a perseguição a cargo das autoridades alemãs, o que resultou não só do clamor da população alemã mas também de conflitos de interesses entre os Aliados, podendo-se caracterizar a entrega da perseguição aos alemães como um compromisso político, não tendo o dever de perseguição sido abandonado mas transferido⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ Cf., ainda o artigo 228, parágrafo 2, onde se estabelece que o governo alemão deverá entregar às potências aliadas e poderes associados, ou a qualquer um deles, por solicitação, todas as pessoas acusadas de terem cometido algum ato em violação das leis e costumes de guerra.

⁴⁷² Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 58

⁴⁷³ Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 4, marg. 13. Daí que não se possa aderir à afirmação de que foi o tribunal de Nuremberga que anunciou o fim da doutrina clássica de acordo com a qual só os estados possuíam personalidade jurídica internacional. Mas cf. JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 43.

⁴⁷⁴ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 3. Cf., também, COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, p. 117. Cf., ainda, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 242, acrescentando que nesta altura nenhuma regra costumeira se tinha desenvolvido que eliminasse as imunidades funcionais de oficiais de estado de alta posição. Já com referência ao período pós-Segunda Guerra, afirma-se que seria estranho que uma regra costumeira se tivesse desenvolvido somente no que diz respeito aos militares e não para todos os agentes do estado, incluindo antigos líderes políticos de alta posição. Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 243.

⁴⁷⁵ Advertência de SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 8.

⁴⁷⁶ Nota pelos Poderes Aliados, Re-impressa em BERBER, *Dktat*, 1939, pp. 1212 e ss *apud* AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 3.

⁴⁷⁷ AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 3.

O Tratado de Sévres continha disposições idênticas mas nunca foi ratificado e foi substituído pelo Tratado de Lausanne de 1923 que incluía uma Declaração de Amnistia para crimes cometidos entre 1 de Agosto de 1914 e 20 de Novembro de 1922⁴⁷⁸.

Relevante também é que alguns dos procedimentos criminais após a Primeira Guerra em Leipzig⁴⁷⁹ foram baseados não só no direito nacional mas também no direito penal internacional⁴⁸⁰.

Em suma, o impacto da Primeira Guerra sobre a população civil impeliu as disposições nos Tratados de Versalhes e Sévres sobre a responsabilidade, julgamento e punição dos supostos criminosos de guerra e o trabalho da Comissão em 1919 trouxe contribuições significativas para o princípio da responsabilidade penal individual no direito internacional⁴⁸¹.

4.4.3. Durante e depois da Segunda Guerra

É de mencionar que, por um lado, em 1942, em Londres, os representantes de territórios ocupados por forças do Eixo adotaram uma declaração sobre crimes de guerra e punição, na sequência da qual, foi criada a Comissão de Crimes de Guerra das Nações Unidas (CCGONU) em 1943 para compilar prova de crimes de guerra e que, por outro, tanto na União Soviética, como nos Estados Unidos, tiveram lugar julgamentos por crimes de guerra com base em disposições de direito internacional⁴⁸².

Importante ainda é a menção à Declaração de Moscovo feita em 1943 pelos Estados Unidos, União Soviética e Reino Unido, em nome de 32 Nações Unidas, em que se afirmava em termos pungentes a intenção de punir os criminosos de guerra⁴⁸³.

Após a Segunda Guerra Mundial, vários tribunais nacionais encetaram procedimentos criminais por crimes de guerra cometidos durante a Segunda Guerra, incluindo procedimentos em tribunais militares e civis na Austrália, Grã-Bretanha, Canadá, China, França, Bélgica, Holanda e Noruega, todos a respeito de violações das leis e costumes de guerra, salientando alguns julgamentos uma referência legítima de um tribunal nacional às leis internacionais e costumes de guerra⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ Kononov II, para 95; AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 4. Realçando que só há amnistias por crimes cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 93 a 95.

⁴⁷⁹ Que abrangeram doze arguidos dos quais seis foram condenados, com penas brandas. Cf. MERON, THEODOR, *The Making*, p. 83.

⁴⁸⁰ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 39. Em *Llandovery Castel* o Supremo Tribunal Alemão afirmou que um indivíduo pode ser punido por violações do direito internacional que podem não ter sido definidas como crimes mas que pelo seu caráter sejam claramente ilegais. Assim, WOETZEL, ROBERT, *The Nuremberg trials in international law: with a postlude on the Eichmann case*, F.A. Praeger, 1962, p. 114.

⁴⁸¹ Assim, Kononov II, para 207.

⁴⁸² Assim, Kononov II, paras. 104 a 114, referindo que essas disposições eram universalmente aceites.

⁴⁸³ Kononov II, para 108.

⁴⁸⁴ Kononov II, para. 129.

4.4.4. Uma possível descrição do processo de criminalização

O processo a nível internacional que levou à criminalização de certos comportamentos tidos durante a guerra poderia ser descrito da seguinte forma. Esta categoria de infrações teria nascido originalmente ao nível nacional, estabelecendo tratados, e (mais raramente) o direito costumeiro, determinadas regras cuja violação dava lugar a responsabilidade estatal⁴⁸⁵.

Aos poucos, os estados começaram a instaurar processos criminais e a punir os membros dos exércitos inimigos e depois, gradualmente, também os seus próprios militares que tivessem realizado atos que eram classificados, ou como infrações penais perpetradas em tempo de guerra (morte de civis inocentes, destruição arbitrária de propriedade privada, maus tratos graves de prisioneiros de guerra, e assim por diante), ou como violações das leis e costumes da guerra⁴⁸⁶ possivelmente crendo os estados numa responsabilidade criminal individual de direito internacional⁴⁸⁷.

Aos poucos esta prática doméstica recebeu sanção internacional. Já largamente aceite no princípio do século XX, o pós-Primeira Guerra seria ilustrativo do reconhecimento da sua criminalização internacional⁴⁸⁸.

Assim, a criminalização doméstica de violações do direito internacional humanitário teria levado à criminalização internacional dessas violações e à formação de normas de direito internacional consuetudinário que autorizavam ou mesmo impunham a punição⁴⁸⁹.

Possivelmente esta descrição é difícil de compatibilizar com a visão, mais atraente, de que os criminosos de guerra são puníveis, fundamentalmente, por violações do direito internacional e que só se tornam criminosos, de acordo com a lei doméstica do beligerante, se a sua ação não tiver fundamento no, e for contrária ao, direito internacional e que, portanto, quando se diz que o beligerante inflige uma punição a criminosos de guerra por violação da sua lei doméstica, a declaração é correta apenas no sentido de que as regras relevantes de direito internacional estão a ser aplicadas, por adoção ou por outra forma, como lei doméstica⁴⁹⁰.

Ou mais moderadamente, mas menos cativante, existia pelo menos acordo geral entre os aliados ocidentais de que a história de perseguições por estes atos, enquanto

⁴⁸⁵ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 4.

⁴⁸⁶ Assim, *STL Terrorism*, p. 67, para. 104.

⁴⁸⁷ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 4.

⁴⁸⁸ Mas cf. *STL Terrorism*, p. 67, para. 104, em que se parece dar a entender que a cristalização de tal costume só se dá com o Acordo de Londres de 1945 e o julgamentos de Nuremberga. Contudo, comparar com CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 63 a 65, não tratando esta categoria de crimes como nova em Nuremberga. O presidente do TEL era Cassese.

⁴⁸⁹ Assim, *STL Terrorism*, p. 67, para. 104.

⁴⁹⁰ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, "The Law of Nations", p. 64.

crimes nos tribunais nacionais militares e civis, demonstrava que eles poderiam ser tratados como crimes tanto à luz do direito nacional como do internacional⁴⁹¹.

Por último, como se observa⁴⁹², se é verdade que não pode ser negado que o julgamento de criminosos de guerra à luz da lei doméstica tem diversas vantagens⁴⁹³, entre as quais a de que ela fornecia uma *lex* que satisfaria as exigências inerentes ao *nullum crimen*, também o é que as novas interpretações que eram lidas nos códigos militares e códigos penais existentes – através de ação legislativa e judicial depois do facto – torna esta vantagem muito mais aparente do que real.

Em contraste, o direito internacional existente antedatava, tanto os atos cometidos pelos inimigos, como a legislação doméstica que providenciava sanções contra eles⁴⁹⁴ e, por isso, é com cautela que se olha para a ideia de que, antes de Nuremberga e “num certo sentido”, o direito dos crimes de guerra não se tinha ainda tornado verdadeiramente uma forma de direito criminal⁴⁹⁵. Podia não ser um direito criminal com extensa aplicação prática e elaboração teórica mas, e ‘num outro certo sentido, já lá estava e à espera da próxima oportunidade’.

4.5. O *nullum crimen* e os crimes contra a paz (crime de agressão)

As críticas, mais ou menos duras, mas largamente difundidas que, a este propósito, são dirigidas a Nuremberga, relacionam-se com o carácter *ex post facto* da condenação pelo crime de agressão.

Um curioso, e pelo menos aparente, paradoxo parece emergir das teses contemporâneas mais subscritas a este propósito. O que é normalmente apontado é que não existia fonte de direito internacional que estabelecesse um crime de agressão⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 76.

⁴⁹² Este parágrafo em BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction Over War Crimes” (1951), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013, pp. 64 e 65.

⁴⁹³ Desde que haja parecença entre o crime de guerra e o crime ordinário doméstico, os tribunais poderiam aplicar uma lei que lhes fosse familiar, que possuiria um alto grau de certeza – em contraste com o estágio de relativo subdesenvolvimento do direito internacional relativo a crimes de guerra – e os criminosos de guerra seriam assim julgados à luz do mesmo sistema de direito em que eram julgados os chamados colaboracionistas, dos quais apenas diferiam em termos de nacionalidade e dever de fidelidade. ASSIM, BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction Over War Crimes”.

⁴⁹⁴ MALEZIEUX, “Le Statut international des criminels de guerre”, *Revue Générale de Droit International Public* 49, 1941–5, p. 173, *apud* BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction”, p. 65.

⁴⁹⁵ Mas, cf. MERON, THEODOR, *The Making*, p. 82.

⁴⁹⁶ DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 128; JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The development of international criminal law after Nuremberg”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*,

Mas também se aceita normalmente que não existia fonte de direito internacional que proibisse a execução sumária (não é normalmente vista como procedimento ilegal e a longa existência de precedentes em matéria de execução sumária de inimigos vencidos não é contestada⁴⁹⁷), o exílio forçado (Napoleão), o chamamento à responsabilidade (Kaiser), etc., dos responsáveis por uma guerra agressiva. Por outras palavras, era permitido puni-los ou, pelo menos, adotar medidas que os afetassem diretamente, inclusive com a infligção de morte⁴⁹⁸.

Ou, de outra forma, não compreendendo o direito internacional à altura normas sobre as relações entre nações vitoriosas e vencidas, o vencedor podia prescrever o destino do vencido pois, na ausência de direito aplicável, a força seria o *standard* de conduta que restava⁴⁹⁹. Do conceito de vencido não estão naturalmente excluídos os líderes derrotados responsáveis por uma guerra agressiva.

Tal como o direito internacional não previa o crime de agressão, também não proibia a punição, inclusive por execução sumária, de alguém responsável por uma guerra agressiva⁵⁰⁰.

Tudo o que conduz, primeiro, a um novo olhar para a afirmação de que o crime de agressão não era um crime de direito internacional à data do início das guerras⁵⁰¹ e, depois, a uma reflexão sobre a relação entre a possibilidade de execução sumária e a possibilidade de levar a julgamento os líderes de exércitos vencidos.

4.5.1. O crime de agressão como crime internacional à data do início da Segunda Guerra

Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 413; LIPPMAN, MATTHEW, “Nuremberg: forty five years later”, p. 528; BOISTER, NEIL/ CRYER, ROBERT, *Documents*, p. lxxx; AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 89. Uma posição mais moderada é a de que os críticos estão corretos pois não existia criminalização explícita da guerra agressiva antes da Segunda Guerra, mas que o “palco estava montado” para atribuir responsabilidade criminal por uma guerra agressiva como “consequência lógica da proscricção” da guerra e que os julgamentos de Nuremberga e Tóquio e os processos subsequentes contribuíram para a criação de um costume internacional de criminalização da guerra agressiva. Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 535 a 536, margs. 1445 a 1450.

⁴⁹⁷ Cf. TAYLOR, TELFORD, “The Nuremberg Trials”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 396.

⁴⁹⁸ Neste sentido, GLASER, STEFAN, “The Nuremberg Charter”, p. 57. Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 147 que, ao comentar uma opinião do juiz Röling, considera que ele omitiu muitos exemplos ao longo dos séculos da pena de morte ser aplicada a líderes dos exércitos derrotados e, nos tempos modernos, nos tribunais nacionais, a acusados de crimes que o juiz chama de ‘políticos’, como traição e sedição.

⁴⁹⁹ Assim, TAYLOR, TELFORD, “The Nuremberg Trials”, p. 395 e 396.

⁵⁰⁰ Questão diferente seria se o direito internacional era também indiferente à execução sumária do vencido não responsável pela guerra agressiva. Cf. *infra* Parte II, 4.5.3.

⁵⁰¹ Toma-se 1931 e 1939 como o início das guerras agressivas por parte do Japão e Alemanha respectivamente.

A negação da existência de responsabilidade criminal individual pelo crime de agressão alicerça-se as mais das vezes na consideração de que não existia costume neste aspeto⁵⁰² e no *non sequitur* do tribunal que lhe permitiu dar o salto da ilegalidade para a criminalidade da guerra agressiva⁵⁰³.

4.5.1.1. O consenso sobre a não proibição da guerra agressiva no período antes da Primeira Guerra Mundial

Depois do virtual desaparecimento da doutrina da guerra justa no século XIX, a convicção predominante era a de que cada estado poderia embarcar numa guerra assim o desejasse⁵⁰⁴. Este século tendia a ver a guerra emocionalmente, como um empreendimento glorioso e, na prática, como uma extensão natural da diplomacia⁵⁰⁵. Legitimada por alguns filósofos, respeitada por quase todos os estadistas e glorificada por muitos poetas e artistas, as suas brutalidades tendiam a ser escondidas por detrás de telas de legitimidade, respeitabilidade e honra⁵⁰⁶.

Embora fosse vista pelo direito internacional como função natural do Estado e uma prerrogativa da sua soberania sem restrições, o *European Settlement* de 1814 e 1815 e o Ato Final do Congresso de Viena restabeleceram a noção de ordem pública na Europa e o princípio do equilíbrio de poder⁵⁰⁷, surgindo na última parte do século XIX uma visão da guerra como procedimento judicial, uma medida de último recurso adotada depois de todos os meios de solução pacífica falharem⁵⁰⁸.

⁵⁰² Cf., por exemplo, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 68. Cf. ainda, METTRAUX, GUÉNAËL, “Judicial Inheritance: The Value and Significance of the Nuremberg Trial to Contemporary War Crimes Trials”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 600; BASSIOUNI, M.CHERIF, “The 'Nuremberg legacy'”, p. 588. Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 406. Menos do que insustentável é a posição destes autores quando duvidam ‘hoje’ que a proibição da guerra agressiva seja de natureza criminal. Que pelo menos depois de Nuremberga é óbvio que algumas guerras de agressão são crime é inegável. Que quem comete uma guerra agressiva é um criminoso é o princípio central da paz afirmado em Nuremberga. Assim, STIMSON, HENRY, “The Nuremberg Trial: landmark in law”, p. 625. GOODHART, A. L., “The Legality of the Nuremberg Trials”, p. 637. E claro que o debate sobre a legalidade dos procedimentos de Nuremberga, no que aos crimes contra a paz diz respeito, não coloca em dúvida a autoridade da Carta como precedente a este respeito. Mas, em sentido diferente, cf. RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 137.

⁵⁰³ Cf., por exemplo, MERKEL, REINHARD, “The law of the Nuremberg Trial”, p. 569.

⁵⁰⁴ Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 78. A distinção entre *bellum justum* e *bellum injustum* pode ser rastreada ao *jus fetiale* da Roma antiga. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 65.

⁵⁰⁵ Assim, *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 445.

⁵⁰⁶ Assim, *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 445.

⁵⁰⁷ Assim, MAOGOTO, JACKSON, *Aggression: Supreme International Offence still in Search of Definition*, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1046221>, p. 3.

⁵⁰⁸ Assim, BROWNLIE, IAN, *International Law and the Use of Force By States*, Clarendon Press, Oxford, 1963, p. 21.

As conferências de Haia e o seu movimento em direção à solução pacífica das disputas, teriam marcado o início das tentativas de limitar o ‘direito à guerra’, tanto como instrumento de direito quanto como meio juridicamente reconhecido de modificar direitos, tendo aparecido assim na cena internacional o conceito de agressão⁵⁰⁹.

Aceitar-se-ia que, no período anterior à Primeira Guerra, a guerra era vista como produto indesejável, mas inevitável, de uma comunidade internacional composta por Estados soberanos em concorrência⁵¹⁰ e que o mundo jurídico assumia⁵¹¹: que cada Estado é soberano e que seria seu direito absoluto recorrer à guerra em qualquer momento e para qualquer finalidade; que os tribunais, por conseguinte, devem considerar qualquer guerra como lícita; que as medidas tomadas por altos funcionários, tais como planejar, instigar e travar uma guerra constituem atos do Estado, no desempenho dos quais não há dever jurídico para com a sociedade internacional e relativamente aos quais não há responsabilidade de direito internacional.

Por um lado, emergia daqui uma “impossibilidade lógica”⁵¹², uma “anomalia ultrajante”, um sistema internacional fundado na soberania estatal que não impede que um estado soberano destrua a soberania dos outros⁵¹³.

Por outro lado, de uma *certa* perspectiva, e de alguma forma de par com a ideia anterior, ainda estaria aqui em existência a visão também não lógica das coisas de que os indivíduos responsáveis por dar efeito à vontade do estado estavam livres de responsabilidade criminal, visão esta que teria demorado a desaparecer⁵¹⁴.

Parece ser um facto que as consequências do estado de anarquia que permitia aos estados travar guerras, mesmo com fundamento em razões frágeis, não foram totalmente apreciadas até à Primeira Guerra, altura em que a barbárie e a tecnologia moderna se uniram, provocando um enorme derramamento de sangue e atrocidades massivas, impressionando profundamente a opinião pública e abrindo a porta a uma condenação vigorosa da guerra agressiva e a um movimento internacional para a ilegalizar⁵¹⁵.

⁵⁰⁹ Assim, MAOGOTO, JACKSON, *Aggression: Supreme International Offence* p. 3.

⁵¹⁰ Assim, SELLARS, KIRSTEN, “Delegitimizing Aggression, First Steps and False Starts after the First World War”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, p. 19; MAOGOTO, JACKSON, *Aggression: Supreme International Offence*, p. 1.

⁵¹¹ Estas assunções em JACKSON, ROBERT, “The challenge of international lawlessness”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 355.

⁵¹² BRIERLY, J. L., *The Outlook for International Law*, Clarendon Press, 1944, p. 21.

⁵¹³ Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 78.

⁵¹⁴ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, p. 204.

⁵¹⁵ Assim, MAOGOTO, JACKSON, *Aggression: Supreme International Offence*, Abstrat.

Tal movimento corresponde no essencial ao descrito pelo TMI, mas enfatizar-se-ão alguns detalhes e percorrer-se-ão outros caminhos.

4.5.1.2. O costume e as resoluções no período entre as guerras

4.5.1.2.1. Prática e *opinio iuris*

Por um lado, se a afirmação do tribunal de Nuremberga de que o projeto de tratado patrocinado pela Liga das Nações não viu a luz do dia porque a principal objeção residia na dificuldade de definir os atos que constituiriam agressão, e não em razão de qualquer dúvida quanto à criminalidade da guerra de agressão, for correta⁵¹⁶, então isto já seria vasta prática estatal acompanhada de *opinio iuris* de que pelo menos existiam algumas guerras de agressão que são criminosas. Consideração que se torna menos que indiscutível depois da declaração do Protocolo de Genebra, e sua recomendação de adoção por unanimidade de 48 Estados⁵¹⁷, e das declarações inequívocas contidas nas resoluções da Liga das Nações em 1927 e da Conferência Pan-Americana em 1928⁵¹⁸.

A resolução de 1927⁵¹⁹, no seu preâmbulo, afirmava que a assembleia reconhecia a solidariedade que une a comunidade das nações, que era inspirada por um desejo firme de manutenção da paz em geral, e estava *convencida* de que uma guerra de agressão nunca pode servir como meio de resolver as disputas internacionais e que, em consequência, é um *crime internacional*, e declarava, na parte dispositiva, que todas as guerras de agressão *são e serão sempre proibidas* (ponto 1). A resolução de 1928⁵²⁰ tratou no seu preâmbulo a guerra de

⁵¹⁶ Cf. JACKSON, ROBERT, “The challenge of international lawlessness”, p. 369; GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, p. 409; SELLARS, KIRSTEN, “Delegitimizing Aggression”, pp. 20 a 22.

⁵¹⁷ Em ligação com a falta do número de ratificações necessárias para que o protocolo entrasse em vigor, a Liga das Nações adoptou uma resolução, em 25 de Setembro de 1925, em que declarava de novo que a guerra agressiva deve ser vista como crime internacional. MAOGOTO, JACKSON, *Aggression: Supreme International Offence*, p. 7.

⁵¹⁸ Cf., com análise detalhada de outros instrumentos que serviram para a cristalização do costume de que uma guerra agressiva é criminosa, GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, pp. 408 a 412. No mesmo sentido, GLASER, STEFAN, “The Nuremberg Charter”, p. 68; POLTORAK, A. I., “The Nuremberg Trials and the Question of Responsibility for Aggression”, *passim*.

⁵¹⁹ Aprovada por unanimidade. Os membros à altura eram os seguintes: Abissínia, Albânia, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Bolívia, Bulgária, Canadá, Checoslováquia, Chile, China, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, El Salvador, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Honduras, Hungria, Índia Britânica, Irlanda, Itália, Japão, Jugoslávia, Libéria, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Nicarágua, Nova Zelândia, Países Baixos, Panamá, Paraguai, Pérsia, Peru, Portugal, Reino Unido, República Dominicana, Roménia, Sião, Suécia, Suíça, União Sul-Africana, Uruguai, Venezuela (4 delegações não estiveram presentes).

⁵²⁰ Aprovada unanimemente por Brasil, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Uruguai, Peru, Argentina, Bolívia, Chile, Venezuela. República Dominicana e Estados Unidos da América. A título de curiosidade refira-se que

agressão como um *crime contra o género humano* e declarou que toda a agressão seria ilícita e assim declarada proibida (ponto 1).

O vastíssimo – não objetado e consistentemente repetido – suporte a nível mundial que a declaração de que a agressão *é um crime* recebeu em vários momentos durante a década de 20 leva a afirmar a cristalização de um costume de que as guerras de agressão são crime⁵²¹, apesar de o estabelecimento preciso da sua definição, modos de responsabilidade e estádios de punibilidade ainda estar longe de ser alcançado⁵²². Algures durante a década de 20 deu-se então o culminar de um processo cuja origem se pode fazer recuar à doutrina do *bellum justum* e às primeiras conferências de Haia – não esquecendo as “restrições processuais” do Pacto da Liga das Nações ao recurso à guerra⁵²³ – mas cujo mais ‘verdadeiro’ precursor, ou incarnação temporã⁵²⁴, se poderia considerar a acusação contra o imperador alemão por uma ‘ofensa suprema contra a moralidade internacional e a santidade dos tratados’⁵²⁵.

De facto, na tal secção designada como ‘sanções’⁵²⁶, e na senda do Relatório da Comissão que previa a constituição de um tribunal para julgar “crimes relacionados com a guerra”⁵²⁷, entre os quais se encontravam “atos que provocaram a guerra e acompanharam o seu começo”⁵²⁸, previa-se a constituição de um tribunal especial para *julgar* o imperador alemão e ainda estabelecer punição adequada (artigo 227 do Tratado de Versalhes).

estão aqui representados os únicos estados que não eram partes do Pacto de Paris. Segundo BROWNLIE, IAN, *International Law and the Use of Force by States*, Clarendon Press, 1963, p. 75, n. 2, estes eram a Argentina, a Bolívia, El Salvador e o Uruguai.

⁵²¹ A ideia de que antes de Nuremberga não existia nenhuma sugestão de que uma violação do *jus ad bellum* fosse criminal (CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić”, p. 93) é surreal. De forma semelhante, afirmar que Donnedieu Vabres foi a única pessoa que genuinamente arguiu que a agressão era crime antes da Segunda Guerra (GALLANT, KENNETH, “Legality as a Rule”, p. 50) apenas *poderá* ser compreensível pois a secção onde se encontra tal afirmação é intitulada ‘opinião académica’.

⁵²² Salientando que uma satisfação do *nullum crimen nulla poena* não implica uma definição rigorosa da infração, nem a enunciação precisa das penas aplicáveis, cf. VABRES, HENRI, “Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international”, *Recueil des cours*, 1947, vol. II, p. 574.

⁵²³ Sobre estas limitações do próprio Pacto da Liga (o qual não proibia a guerra *per se*, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 13, 14 e 744), cf. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 82 a 84. Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 530 e 531, marg. 1435.

⁵²⁴ DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 225.

⁵²⁵ A ideia de que esta acusação é o precursor do moderno crime de agressão em SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 30. Na conferência de Paris de 1919, a Comissão de Responsabilidades afirmou que a premeditação de um crime de agressão é conduta que a consciência pública reprova e que a história condenará mas que não poderia considerar como um ato contrário ao direito positivo e que no futuro deveriam ser previstas sanções penais. Cf. SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 48.

⁵²⁶ Cf. *supra* Parte II, 4.4.2.

⁵²⁷ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, p. 117.

⁵²⁸ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, p. 118.

O facto de ele ser acusado por uma “infração contra a moral”⁵²⁹ e de o tribunal se dever guiar pelos mais altos motivos da política internacional⁵³⁰ não é determinante. Chame-se o que se quiser à ‘infração’ há que ter em atenção que, além dos tratados conterem disposições jurídicas e não morais (também o artigo 227 parece ser uma disposição jurídica e não moral), o que é facto é que estava previsto *juízo*, *garantias essenciais de defesa* e, especialmente relevante, *punição* a ser determinada por um tribunal⁵³¹. Talvez haja quem se aventure também a sustentar que se levaria a tribunal o imperador para o moralizar, que ele se ia defender em termos morais e que as penas que lhe seriam aplicadas também só poderiam ser morais e não criminais, mas provavelmente não é essa a melhor interpretação sobre o que aqui já estava em causa. No fundo poderia estar aqui uma punição motivada por considerações políticas, mas que sendo *punição* tem um carácter intrinsecamente ligado a alguma culpa. Ora, parece artificial ao autor desta tese desligá-la, na sua substância, do direito criminal. A não ser que se sustente que não se lhe poderiam aplicar penas de morte, perpétuas ou de prisão, então seria um julgamento ‘em matéria *quasi*-penal’. É que não sendo estritamente para o julgar então provavelmente nem as garantias de defesa fariam muito sentido, nem a Holanda careceria de boa razão para não o extraditar. Desafio à ideia de que no longo prazo os violadores do direito internacional são “levados ao tribunal da humanidade”, e que a história regista as suas punições, e “espelho da dura realidade” de que “uma geração que testemunha uma bruta violação do direito das nações normalmente não verá a punição que se lhe segue”⁵³², como o julgamento não teve lugar não se sabe o caminho que teria sido seguido. Mas certamente que, mesmo que não estritamente em resultado de uma infração criminal, uma punição baseada em considerações substancialmente criminais seria já um possível curso.

O facto de a declaração da Liga das Nações só referir a guerra como crime internacional no preâmbulo e não na parte dispositiva – quando o que se afirma no preâmbulo é que os estados que adotam a resolução estão *convencidos* de que a guerra é um crime internacional – interessa pouco e não abala a asserção de que representa uma prática estatal que revela uma *opinio iuris*. Os estados não estão a expressar a opinião de que a guerra agressiva *deveria ser* um crime mas sim *que o é*; não estão a dizer que as guerras são uma coisa má e moralmente censurável; estão a expressar um ponto de vista sem dúvida jurídico. Tais guerras são *crime*. Na senda da posição do presidente do

⁵²⁹ Segundo CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 242, o imperador era acusado por infrações contra a moral e não contra disposições jurídicas. No mesmo sentido, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 81.

⁵³⁰ Segundo a Opinião do juiz Röling em Tóquio (no seu parágrafo trigésimo), o julgamento seria guiado não por justiça mas por estes motivos, consistindo as exigências dos Aliados não numa acusação jurídica mas num alto ato de política internacional. O exposto propósito da criação do tribunal teria sido o de assegurar o respeito pelas obrigações solenes na cena internacional e pela moralidade internacional. Assim, *Göring*, p. 446.

⁵³¹ ‘Punishment’ no original inglês. No original francês o texto é ainda mais sugestivo. “*Il lui appartiendra de déterminer la peine qu’il estimera devoir être appliquée*” (sublinhado adicionado).

⁵³² HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, p. xiii.

Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (TMIEO), parece também evidente que o texto das resoluções oferece suporte forte à fusão operada pelo TMI entre os conceitos de criminalidade e ilegalidade a este propósito.

Enfim, tendo em conta que quase todos os estados do mundo diziam em linguagem não equívoca que era um crime, parece rebuscada, para o autor desta tese, a tese de que não era⁵³³.

4.5.1.2.2. Cautelas

4.5.1.2.2.1. O senso de se estar a seguir um dever jurídico

Observa-se, com pertinência para este contexto que, por exemplo, as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas (AG), mesmo não sendo vinculativas, podem por vezes ter valor normativo, fornecendo, em certas circunstâncias, indícios importantes para estabelecer a existência de uma regra ou o surgimento de uma *opinio iuris*, sendo necessário olhar – com vista a estabelecer se isso é verdade em relação a uma específica resolução da AG – para o seu conteúdo e as condições da sua adoção, sendo também importante averiguar se existe uma *opinio iuris* quanto ao seu carácter normativo, além de que uma série de resoluções podem mostrar a evolução gradual da *opinio iuris* necessária para o estabelecimento de uma nova regra⁵³⁴.

E adianta-se que existem muitos atos internacionais, por exemplo, no campo cerimonial e protocolar, que são realizados quase que invariavelmente, mas que são motivados apenas por considerações de cortesia, conveniência ou tradição, e não por qualquer senso de dever jurídico⁵³⁵. Se um estado expressamente menciona, aquando do voto para uma determinada resolução, que vê o texto como sendo uma mera declaração política, sem conteúdo jurídico, a resolução não pode ser invocada contra ele⁵³⁶. De outra forma, um estado fazer “fazer arranjos” num contexto de uma situação que lhe é impossível evitar não é nem consentimento para tal situação nem reconhecimento da sua legalidade⁵³⁷.

Também é importante ter em mente que a “prova nua” de atos ou omissões, que supostamente constituem prática estatal, não remove a necessidade de interpretar tais atos ou omissões, pois o facto de os estados poderem sentir que a realidade não lhes deixa escolha, a não ser a de tomar um determinado curso, não é suficiente para excluir que esse ato seja classificado

⁵³³ Com certeza que a ideia difundida mais tarde (cf. *infra* Parte III, 1. e 4.4.1), de que os tribunais de guerra declaram como crime algo que os estados decidiram não considerar crime, não se aplica a este caso.

⁵³⁴ Este parágrafo em *Nuclear Weapons*, pp. 254 e 255.

⁵³⁵ Assim, *North Sea Continental Shelf*, p. 44, para. 77.

⁵³⁶ Assim, *Nicaragua Merits*, pp. 106 e 107.

⁵³⁷ Assim, *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 527.

como parte da prática estatal, mas tão-só se o que é feito for feito num contexto em que haja um senso de se estar a agir em resultado de uma obrigação jurídica⁵³⁸. A necessidade de tal convicção, a existência de um elemento subjetivo, está implícita na própria noção de *opinio iuris sive necessitatis*⁵³⁹.

Em especial, a *opinio iuris* que possa estar subjacente a uma omissão de protesto pode ser por vezes particularmente difícil de deduzir⁵⁴⁰, particularmente relativamente a estados que não fazem ouvir a sua voz com frequência no palco internacional.

Mas, por outro lado, a nível nacional, os deputados também faltam às sessões e as leis não deixam de ser aprovadas. Além do mais, uma declaração firme de um Estado sobre o que considera ser a regra é *muito melhor prova* da sua posição do que a que pode ser reunida, a partir das ações desse país, em diferentes épocas e numa variedade de contextos⁵⁴¹.

De sublinhar que não existe na afirmação de que a guerra agressiva é crime qualquer evasão deliberada (ou não deliberada) de fazer uma asserção jurídica. Compare-se com o seguinte exemplo. No contexto da intervenção militar ‘humanitária’ da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) na Sérvia, a comunidade política da OTAN, depois de avançar uma lista de coisas em razão das quais seria necessário ameaçar o uso da força, afirmou que “*nestas circunstâncias únicas pensa-se que a intervenção é legítima*”⁵⁴².

E sem esquecer as advertências de que a prática verbal é menos convincente que a prática física, exceto, provavelmente, como fonte persuasiva de prova daquilo que os estados crêem em termos de obrigação jurídica e que, se o direito de um tratado não

⁵³⁸ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, pp. 423 e 424.

⁵³⁹ Assim, *North Sea Continental Shelf*, para. 77.

⁵⁴⁰ Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 136.

⁵⁴¹ Assim, BAXTER, RICHARD, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, *41 British Yearbook of International Law* 275, 1965–1966, p. 300. Em sentido provavelmente diferente, PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007, p. 92, afirma que a guerra é o último teste da lei e que as ações autorizadas pelos governos em guerra falam mais alto que as declarações em tempo de paz.

⁵⁴² Cf., SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 172 (itálicos adicionados): “[a]nd this same process occurred in the U.S. Government. There were some who wanted to articulate that humanitarian intervention is now the basis for U.S. action. There was another theory from the Department of Defense, which wanted to adopt sort of an expanded idea of self-defense based on the general interest of the United States in the region; but on reflection, nobody was really prepared to throw all the eggs into either of those baskets. So we ended up with a formulation similar to that of NATO, where we listed all of the reasons why we were taking action and, in the end, mumbled something about its being justifiable and legitimate but not a precedent. So in a sense, it was something less than a definitive legal rationale - although it probably was taken by large parts of the public community as something like that” (sublinhados adicionados).

reflete a prática física, então a regra pode não preencher os critérios essenciais para conduzir ao desenvolvimento de direito costumeiro, questiona-se, de forma mais certa, se se tem mesmo que esperar de a maioria dos estados demonstre em combate o seu suporte físico por regras antes de afirmar que uma regra atingiu o *status* de direito costumeiro, e responde-se, bem, que se espera que não pois, se o desejo geral é que os estados não se engajem em conflito armado, isso significaria a esperança de que as regras de direito costumeiro não se desenvolvessem na área do *jus in bello*, o que seria claramente lamentável⁵⁴³.

Por outro lado, no contexto em que se está a desenvolver o raciocínio, não parece se dever dar relevo exagerado à afirmação de que uma ‘regra’ baseada apenas em resoluções da ONU com pouca probabilidade será acompanhada de uma conformação substancial com ela no mundo real e, em último termo, acabará por prejudicar – ao invés de fortalecer – o *rule of law*⁵⁴⁴, pois, ao se deduzir o costume moderno puramente de *opinio juris*, podem-se criar leis utópicas que não logram regular a realidade⁵⁴⁵.

Certamente que, no contexto do *jus ad bellum* de que aqui se trata, não foi o tratado em causa que criou a regra mais respeitada.

Aliás, parece que, quando se sugere que só com um tratado é que surgiria uma norma costumeira que criminalizasse a agressão, duvida-se é que um costume alguma vez pudesse dar origem a tal norma⁵⁴⁶ ou talvez somente quando todos os estados por um longo período de tempo não se dedicassem a guerras agressivas.

4.5.1.2.2.2. Costume instantâneo

O TIJ já afirmou que as regras provenientes do costume podem, algumas vezes, amadurecer de forma bastante rápida e que um período curto de tempo não é um obstáculo a uma conclusão de que existe uma nova norma costumeira⁵⁴⁷.

E que a *opinio iuris* pode, com todo o devido cuidado, ser deduzida a partir, nomeadamente, da atitude das partes e da atitude dos estados relativamente a certas resoluções da AG, não podendo o efeito do consentimento relativamente ao texto de tais resoluções ser

⁵⁴³ Advertências, questão e resposta em HAINES, STEVEN, “The United Kingdom and Legitimate Military Objectives: Current Practice and Future Trends?”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007, p. 129,

⁵⁴⁴ Mas, cf. SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 53.

⁵⁴⁵ ROBERTS, ANTHEA, “Traditional and Modern Approaches”, pp. 779 e 783.

⁵⁴⁶ Cf., também, não especificamente a este propósito, a reflexão de KIRGIS, FREDERIC, “Custom on a Sliding Scale”, pp. 147 e 148.

⁵⁴⁷ *North Sea Continental Shelf*, paras. 73 e 74. SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 7.

entendido como uma mera reiteração ou elucidação do compromisso assumido na Carta; pelo contrário, pode ser entendido como uma aceitação da validade da norma ou do conjunto de regras declaradas nas resoluções e tomadas em si mesmas⁵⁴⁸.

O que parece eco daquela outra afirmação sobre o crime de genocídio. Se cinquenta e oito nações, todos os membros da ONU ao tempo, concordam (por unanimidade) numa declaração sobre o direito em vigor, pareceria que tal declaração seria prova conclusiva de tal regra, e que um acordo por uma grande maioria teria um grande valor para determinar o que é o direito existente⁵⁴⁹.

Pode-se ainda avançar que numa “escala deslizante” em que os elementos do costume são perspectivados de forma não “fixa e mutualmente exclusiva” mas como “intercambiáveis”, quanto maior for a quantidade de prática concordante, menor a necessidade de prova de *opinio iuris* e uma *opinio iuris* claramente demonstrada estabelece uma norma consuetudinária sem muita (ou nenhuma) ação positiva, mostrando que os governos se comportam consistentemente de acordo com a regra afirmada⁵⁵⁰. Exatamente “quanta prática estatal” pode substituir a exigência de uma “demonstração afirmativa de *opinio juris*”, e “quão clara uma demonstração” pode substituir a “exigência de prática consistente”, depende da atividade em questão e da razoabilidade da norma consuetudinária que é asserida⁵⁵¹.

Advoga-se ainda que a formação de direito costumeiro exige uma fundação na prática estatal, mas que, “*em tempos de mudança fundamental*”⁵⁵², as resoluções da ONU podem ter uma importância acrescida em termos da declaração de direito costumeiro existente, ou da cristalização de direito costumeiro emergente, mesmo que a prática estatal seja relativamente parca e de curta duração⁵⁵³. “Momentos grocianos” ou “explosões cambrianas” em que o *contexto* explicaria a formação acelerada de direito costumeiro⁵⁵⁴. Ou mesmo uma ‘formação instantânea’, não sendo necessária a existência de prática estatal desde que a *opinio iuris* dos estados em causa possa ser

⁵⁴⁸ Assim, *Nicaragua Merits*, para. 188.

⁵⁴⁹ Assim, *Attorney-General of Israel v. Eichmann*, 29 de Maio, 1962 (*Eichmann*), para 11 (disponível em http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/eichmann_appeal.pdf), citando afirmação de Blaine Sloan.

⁵⁵⁰ Assim, KIRGIS, FREDERIC, “Custom on a Sliding Scale”, pp. 148 e 149.

⁵⁵¹ Assim, KIRGIS, FREDERIC, “Custom on a Sliding Scale”, p. 149.

⁵⁵² Um terceiro fator, normalmente desconsiderado, que funcionaria como agente acelerador da formação de costume. SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 211.

⁵⁵³ Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 9.

⁵⁵⁴ Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, pp. 60 e 61.

claramente estabelecida, por exemplo, através dos seus votos em resoluções da Assembleia Geral da ONU, especialmente se unânimes⁵⁵⁵.

A existência de “falsos consensos”, resultantes de um espírito de compromisso, também é razão para cautela pois, muitas vezes, os estados membros da ONU votam casualmente e não apoiam, de forma suficientemente relevante, o que uma resolução declara e, quase sempre, não têm a intenção de que a resolução seja lei, o que pode ser verdade, tanto no caso das resoluções aprovadas por unanimidade, como no caso de resoluções aprovadas por maioria e pode ser ainda mais verdadeiro se as resoluções forem aprovadas por consenso⁵⁵⁶, pois estas, sendo aprovadas sem voto real, são muitas vezes resultado de uma pressão sobre os estados para permanecerem em silêncio, mesmo que tenham objeções, de modo a não quebrar o consenso⁵⁵⁷.

Por outro lado, o carácter imediatamente vinculativo de uma norma não deve ser afirmado, com fundamento no consenso, sem considerar a autoridade do representante para vincular o seu estado, pois a afirmação de que, através do apoio a um consenso – com a finalidade de adotar o texto de uma resolução – um diplomata, que represente o seu estado numa conferência internacional, pode comprometer o estado a reconhecer o *status* de direito costumeiro imediato das normas aprovadas, poderá colidir com os princípios de governo democrático à luz do direito e da separação de poderes⁵⁵⁸.

Com consciência da influência que, em maior ou menor medida, todas estas objeções ou cautelas devem ter na avaliação em causa, há que sublinhar que o seu peso real dependerá sempre do caso concreto. Talvez se possa não ‘fazer finca-pé’ que o reconhecimento do carácter costumeiro pode ser instantâneo, mas também se sublinha que em alguns casos ele poderá ser criado ‘num ápice’. Se imediatamente após o final da Primeira Guerra, os estados se tivessem reunido numa assembleia mundial e tivessem declarado solenemente que os horrores em causa tornaram óbvio para a consciência mundial e para todos os estados que a guerra é o pior dos males e que não há a menor dúvida de que é um crime contra a humanidade e ninguém protestar contra tal, não se vê que se tenha de esperar, nem muito, nem por um tratado, para afirmar o carácter costumeiro da norma.

⁵⁵⁵ Assim, CHENG, BIN, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, *5 Indian Journal of International Law*, 1965.

⁵⁵⁶ Assim, SCHWEBEL, STEPHEN, “The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law”, *73 American Society of International Law*, 1979, pp. 301, 302 e 308.

⁵⁵⁷ Assim, SCHWEBEL, STEPHEN, “The Effect of Resolutions”, pp. 301 e 302.

⁵⁵⁸ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 390.

Como se reconhece os eventos calamitosos e as atrocidades sempre impulsionaram o desenvolvimento do direito internacional e quanto mais ofensivo ou doloroso o sofrimento, maior a pressão para o ajuste da lei⁵⁵⁹.

A Guerra Civil Americana gerou o Código de Lieber, o qual levou ao direito de Haia, a batalha de Solferino, e seu comovente retrato por Henry Dunant, à criação do movimento da Cruz Vermelha e do direito de Genebra, as atrocidades nazis à Carta de Nuremberga, às Convenções de Genebra de 1949 e à Convenção sobre Genocídio, as atrocidades na antiga Jugoslávia, Ruanda e outras que tais ao “desenvolvimento” do direito pelos tribunais penais *ad-hoc*⁵⁶⁰.

Se, no caso de tratados escritos, esse maior impulso leva algum tempo, no caso do direito não escrito o impulso pode ser maior, resultante de uma ‘aquiescência rápida ou quase imediata’ de novos valores em formação, que desencadeia uma ainda mais rápida ou mesmo vertiginosa criação do novo direito que lhes corresponde.

No caso do crime de guerra agressiva, aqui em análise, o período em causa não é assim tão curto e a quantidade de pronunciamentos é tão vasta que, aliados à ausência de oposição a estes, dispensa mais argumento.

4.5.1.2.3. *Desuetude?*

Se assim se considerar ali como já formada a norma costumeira criminalizadora da guerra agressiva, insustentável seria afirmar que houve uma degradação de criminalidade para ilegalidade, ou que os comportamentos posteriores violadores da norma devam ser vistos como *desuetude*, e não como violações, da norma.

A prática estatal não precisa de ser totalmente coerente com a regra e as divergências menores ou atos inconsistentes por alguns estados, não impedem a sua contínua vitalidade⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 2.

⁵⁶⁰ Cf., MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, p. 244. Ao que se poderia acrescentar mais especificamente que à guerra Russo-Japonesa de 1904 e 1905 se seguiu a Convenção de Genebra de 1906 e as Convenções de Haia de 1907, à Primeira Guerra, o Protocolo do Gás de 1925 e a Convenção de Genebra de 1929 e às Guerras da Coreia, Vietname e de “libertação nacional”, os Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949. Cf. SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007, p.12, n. 4.

⁵⁶¹ ASSIM, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 371. Cf., também, *Nicaragua Merits*, para. 185.

De facto, a fim de deduzir a existência de regras costumeiras, deve-se considerar suficiente que a conduta dos estados seja, em geral, coerente com tais regras, e que os casos de conduta incompatível por parte de um estado com uma determinada regra devem, em geral, ser tratados como violação dessa regra, e não como indicações do reconhecimento de uma nova regra⁵⁶².

E ainda é avançado que, se um estado age de forma *prima facie* incompatível com uma norma reconhecida, mas defende a sua conduta, apelando para exceções ou justificações contidas na própria regra então, quer a conduta do estado seja de facto justificável ou não, a importância dessa atitude é a de confirmar, em vez de enfraquecer, a regra⁵⁶³.

Mas há que ter cuidado, porque também depende do caso. Se um estado afirma que o que está a fazer não é agressão, mesmo que o seja, pode estar a arguir que a sua conduta não preenche a regra proibitiva, o que pode ser a sua *opinio iuris* de que a norma é outra. Por exemplo, quando um estado argui a favor da licitude da sua intervenção humanitária não autorizada pelo Conselho de Segurança, poderá estar a enfraquecer a suposta norma que a proibia.

Talvez com a possível excepção do juiz Pal, mesmo aqueles que defendem a não existência do crime de agressão normalmente não sustentam que a guerra agressiva não fosse ilegal, implicitamente aceitando que não teve lugar qualquer *desuetude*. Rejeita-se, assim, que as guerras agressivas levadas a cabo a partir da afirmação costumeira da guerra agressiva como crime, ou mesmo só como ato ilegal, teriam peso suficiente, quais violações da lei a ditar a lei⁵⁶⁴, para levar à afirmação de que houve uma mudança do direito aplicável. A história da reação internacional, algo passiva, às primeiras asserções de expansão territorial, mais por apaziguamento do que por convicção de que quem as fazia tinha direito a tal, não é argumento especialmente persuasivo – em face da prática contrária de protestos contra tais comportamentos⁵⁶⁵ e perante a consideração de que a maioria dos estados não se dedicou a guerras de agressão neste período – para justificar a posição de que os estados passaram a considerar essa guerra outra vez como

⁵⁶² Assim, *Nicaragua Merits*, para. 186.

⁵⁶³ Assim, *Nicaragua Merits*, para. 186. A inclinação para não desafiar a validade de uma norma tem um efeito salutar pois mostra que a norma é aceite, ainda que relutantemente, enquanto regra, havendo, de facto, um denominador comum entre aqueles que tentam (mesmo que de forma não sincera) tirar vantagem dos refinamentos da lei e aqueles que rigorosamente obedecem à sua letra e espírito, pois ambos crêem na autoridade da lei. Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 97 e 98.

⁵⁶⁴ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: RESPONSE OF JEAN-MARIE HENCKAERTS TO THE BELLINGER/HAYNES COMMENTS ON CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW STUDY, *International Legal Materials*, vol. 46, n.º 5, 2007, p. 961.

⁵⁶⁵ Cf., com informação sobre alguma prática inconsistente, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 745 e 746. Sobre a chamada “Stimson Doctrine” cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 532, n. 28 (cf., também, p. 533, n. 29).

lícita⁵⁶⁶. Apesar da quantidade considerável de crimes cometidos, não mudou – tal como normalmente não muda, por esta razão, *ex injuria ius non oritur* – o direito aplicável⁵⁶⁷.

4.5.1.2.4. Conclusão

Possivelmente, ‘não está longe da verdade’ a afirmação de que o TMI se fundou principalmente em tratados para concluir pela criminalidade da guerra agressiva⁵⁶⁸, mas há que sublinhar que o tribunal afirmou que, como já tinha decidido que certos dos acusados tinham planeado e levado a cabo *guerras agressivas*, não seria necessário considerar se essas guerras agressivas também eram *guerras em violação de tratados*⁵⁶⁹.

Assim, e não se rejeitando a afirmação de que o raciocínio que levou a cabo significa que sendo a guerra um “evento cataclísmico” só pode ser crime⁵⁷⁰, nem a de que como os crimes de guerra existiam sem autorização convencional expressa então, *a fortiori*, também a agressão seria criminosa⁵⁷¹, deriva-se *aqui* a criminalidade da agressão da existência de costume, não sendo necessário indagar assim da contribuição do Pacto para a formação de um tal costume pois este já se havia formado⁵⁷². E é assim que se interpreta a referência do tribunal de que a guerra de agressão não é apenas ilegal, mas criminosa e que a proibição de guerra agressiva, exigida pela consciência mundial, *encontra a sua expressão* numa série de pactos e tratados anteriores. Interpretação esta reforçada pela possível influência das opiniões que o académico Vabres, depois juiz francês do TMI, já tinha emitido em 1928 referindo que a guerra de agressão é um

⁵⁶⁶ Não se conhece exemplo de autor que tenha arguido expressamente em favor desta *desuetude*. Mas, apesar de parecer não se dar conta de tal, pois aceita que uma quebra do pacto seria ilegal, parece ser isto que está em implícito em SCHWARZENBERGER, GEORG, “The judgment of Nuremberg”, pp. 179 e 180, ao se avançar os exemplos de inúmeras guerras entre o Pacto e a Segunda Guerra para se perguntar se face a tais práticas se poderia considerar que os governos do mundo olhavam os culpados de agressões como criminosos.

⁵⁶⁷ Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 96 a 98, com ideia semelhante a propósito das violações do artigo 2 (4) da Carta da ONU.

⁵⁶⁸ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 115.

⁵⁶⁹ *Göring*, p. 442. O que leva à conclusão de que para o TMI existiam duas infrações compreendidas pelos crimes contra a paz, mas que a infração não deveria ser separada desta forma, pois a guerra agressiva é criminalizada como guerra proibida à luz do direito internacional. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 538 e 539, margs. 1451 e 1452. Neste sentido, o CC10 fala de “guerras de agressão em violação das leis e tratados internacionais”.

⁵⁷⁰ Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 128.

⁵⁷¹ Assim, também, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 128. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 10, marg. 27, afirmam que, em defesa do raciocínio do TMI, se pode avançar que as violações sérias do direito da guerra eram tradicionalmente consideradas criminais apesar da inexistência de uma declaração expressa de criminalidade.

⁵⁷² Mas, cf. JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, pp. 41 e 42.

crime e que não há nenhuma razão jurídica para a não existência de responsabilidade criminal até do Chefe de Estado que a inicia⁵⁷³.

Por outro lado, se uma qualquer guerra se pode subsumir neste enunciado, certamente algumas das iniciadas pelos líderes da Alemanha e Japão⁵⁷⁴ preenchem os requisitos necessários. Na verdade, quem depois de ler o processo de Nuremberga não pensa que de facto existiu uma guerra agressiva, na sua forma mais crua, então é porque pensa que tal coisa não existe ou possa existir⁵⁷⁵.

Que a generalidade e indeterminação da norma tornem problemática a subsunção de outros casos no seu ‘enunciado’ não é, como já se sabe, argumento decisivo em sentido contrário à posição aqui adotada. Enfim, a melhor interpretação pareceria ser – talvez na senda de um costume que já se teria cristalizado no *jus gentium* do período renascentista de responsabilização pessoal (talvez só) do príncipe por uma guerra injusta⁵⁷⁶ – a de que a criminalidade de guerras que claramente se pudessem considerar agressivas só abrangeria os seus máximos responsáveis⁵⁷⁷. Possivelmente, só a condenação de pessoas em posição de efetivamente dirigir a ação política ou militar do estado para uma agressão – e já não, por exemplo a de um mero cúmplice na sua preparação, iniciação ou execução – passaria o teste do *nullum crimen*⁵⁷⁸.

4.5.1.3. Os princípios gerais de direito e a possibilidade de recharacterização

Uma análise dos códigos penais mostra que estes não só não puniam a guerra iniciada ou travada pelo próprio país, mesmo que ilegal, como tampouco a guerra

⁵⁷³ VABRES, HENRI, *Les principes modernes du droit penal international*, Paris, Recueil Sirey, 1928, pp. 414, 415 e 426. Já após o julgamento teria sugerido que a sanção penal para a guerra agressiva poderia vir do direito ordinário da guerra ao tempo. Cf. VABRES, HENRI, “Le procès de Nuremberg”, p. 497. Sobre esta interpretação das palavras de Vabres cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 128.

⁵⁷⁴ Sobre o contexto das guerras iniciadas pelo Japão, cf. BOISTER, NEIL/ CRYER, ROBERT, *Documents*, pp. xxxiii-xxxv e lxxiv, tomando como correta a decisão de não considerar de agressão a guerra contra a Tailândia.

⁵⁷⁵ Assim, Opinião em Separado de Röling em *Tokyo*, para. 50; WECHSLER, HERBERT, “The issues of the Nuremberg Trial”, p. 313; STIMSON, HENRY, “The Nuremberg Trial: landmark in law”, p. 623.

⁵⁷⁶ Cf. GROTIUS, HUGO, *The Law of War and Peace*, Livro III, Capítulo XI, Secção V. Cf., também, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 72 e 73, com comentários no mesmo sentido de Gentili, Cicero e Thomas More, embora referindo-se a uma dicotomia entre os responsáveis por uma guerra e a população inocente que seguia a liderança de outros e que deveria ser perdoada.

⁵⁷⁷ A ideia que se retira da jurisprudência dos procedimentos subsequentes é a de que esta se limita ao ‘nível de quem toma as decisões políticas’. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 143. A CDI, em 1950, ao comentar a ‘Formulação dos Princípios de Nuremberga’ avançou que, no entendimento do TMI, o levar a cabo um guerra de agressão só se referia a pessoal militar de elevada patente e a altos oficiais de estado. MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 163. Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 542, marg. 1459.

⁵⁷⁸ Hoje é este seguramente o caso tendo em conta o artigo 23 (3) Bis do ETPI e não parece de sustentar que houve uma regressão do direito costumeiro neste aspeto.

iniciada por outros contra o próprio país, pelo menos à luz do nome ‘agressão’. Isto porque as leis criminais de todos os estados teriam sido estabelecidas num momento em que era, em geral, tido como certo que nenhum estado poderia violar o direito internacional através do recurso à guerra, em que não existia nenhum tratado que tornasse a guerra ilegal, e quando a doutrina do *bellum justum* era em geral rejeitada, de modo que a distinção entre guerra lícita e ilícita não desempenhava qualquer papel⁵⁷⁹. O que significaria que uma guerra iniciada contra um qualquer país, mesmo que com o mais ultrajante dos propósitos, não seria crime segundo os códigos penais existentes à altura e logo não se poderia deduzir esse crime dos princípios gerais de direito da comunidade das nações.

De qualquer forma, como se aceita normalmente que o Pacto sempre tornaria a guerra agressiva um ato ilícito, um outro caminho que se pode percorrer é o de olhar para o crime de agressão como uma recaraterização dos crimes de homicídio, ofensa à integridade física, etc., no sentido de que levar a cabo atos de execução de homicídio, ou ofensa à integridade física, seria punível em todos os países e portanto poder-se-ia deduzir daqui a criminalidade dos atos em causa. Por outras palavras, o crime de guerra de agressão seria um título diferente para atos punidos com outro nome, seria uma mera recaraterização de uma tentativa, ou consumação, de crimes domésticos para crime internacional⁵⁸⁰. A ideia é a de que os atos que sejam crimes de direito internacional ou nacional podem ser considerados crimes com um nome diferente e retroativamente aplicado, uma teoria de recaraterização retroativa de atos que eram criminosos à luz de lei anterior⁵⁸¹.

De facto, sob um ponto de vista de estrita aplicação de legislação penal doméstica ao caso que se abstraia do *jus in bello*, coloca-se a questão de se todos os atos de guerra decorrentes dessa guerra agressiva ilegal, quer violem as leis e os costumes guerra, quer não, não serão ilegais, o que, em caso afirmativo, por sua vez, levaria à conclusão de que os crimes domésticos de homicídio, ofensa à integridade física, etc., não se encontrariam justificados pois quem leva a cabo uma guerra agressiva é um beligerante não protegido e portanto os atos em causa caem nas infrações respetivas, podendo os crimes domésticos ser internacionalizados pois a condenação universal nos

⁵⁷⁹ Assim, KELSEN, HANS, “Will the Judgment”, pp. 158 a 160. Ainda hoje poucas jurisdições nacionais estabelecem um crime de guerra agressiva. Cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 137. Cf., ainda, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 545, n. 111.

⁵⁸⁰ Sobre a activação das proteções de direito internacional cf. *infra*. Parte II, 4.6.4.2.3.2.

⁵⁸¹ Cf. *infra* Parte III, 6.1.2.2.

códigos penais de crimes como o homicídio, violação ou roubo seria sinal de existência de costume e princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas⁵⁸². O mesmo parece que se poderia dizer da tentativa de homicídio, violação ou roubo⁵⁸³.

Se for correto que uma acusação por tentativa ou consumação de crimes contra a humanidade pode ser considerada como fundada numa mera recaraterização de uma tentativa ou consumação de crimes domésticos⁵⁸⁴, não o é menos que o início de uma guerra pode ser uma mera recaraterização de um início de tentativa desses crimes. Quando os primeiros soldados alemães ou japoneses iniciam ‘atos de execução’ da morte do primeiro soldado polaco ou americano estão a praticar uma tentativa de homicídio por ordem dos seus líderes. Os líderes são então responsáveis como autores desta tentativa de homicídio, o qual poderia ser recaraterizado como crime de guerra agressiva.

De um ponto de vista de direito internacional, a questão sublinhada há muito é a de que não parece existir autoridade no sentido de que o agressor não tem o direito durante a guerra de contar com a aplicação das regras da guerra, ou de que os membros das suas forças armadas sejam responsáveis por atos cometidos durante a guerra que estejam em conformidade com o direito aplicável⁵⁸⁵. Na verdade, não existe qualquer tratado, costume ou princípio geral de direito comum às nações no sentido de que o beligerante que causou a guerra agressiva não tenha o direito de atacar com força letal as forças armadas inimigas no decurso da guerra.

Uma vez em guerra aplica-se o direito aplicável, *jus in bello*, a ambas as partes⁵⁸⁶, o qual, na verdade, apesar de não ser a fonte *daquele* direito⁵⁸⁷, não deixa de o

⁵⁸² Assim, GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, 455 e 456 (Appendix).

⁵⁸³ Cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 200.

⁵⁸⁴ Cf. *infra* Parte II, 4.6.4.2.

⁵⁸⁵ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Limits of the Operation of the Law of War”, p. 220.

⁵⁸⁶ SLOANE, ROBERT, “The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the

Contemporary Law of War”, 34 *The Yale Journal of International Law* 47, 2009, pp. 66 e 67.

⁵⁸⁷ ROBERTS, ADAM, “The Equal Application of the Laws of War: A Principle under Pressure”, 90 *International Review of the Red Cross* 931, 2008, p. 935. Mas, conferir, por exemplo, os artigos 15 e 57 do Código de Lieber. Segundo BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction”, p. 66, “o direito da guerra é direito proibitivo e o seu objetivo é colocar limites no que seria, de outra forma, um uso sem restrições de violência. Os atos beligerantes em guerra são factos, e não direitos jurídicos, e usar-se o direito para os justificar, em vez de se os manter dentro de limites compatíveis com os ditames de humanidade, conduz a um direito que coloca a sua ênfase na correção da guerra em detrimento do que é errado em guerra. Qualquer teoria que se apoie no direito das nações como defesa para atos beligerantes falha em estar em consonância com a *raison d'être* do direito da guerra e com muitas expressões de intenção daqueles que contribuíram para o seu desenvolvimento nos anos recentes”.

reconhecer⁵⁸⁸. Aqui, enquanto combatentes legítimos, existe a possibilidade de matar e ser morto, um privilégio compartilhado numa base recíproca perfeita com os adversários, simetria jurídica esta que, no campo de batalha, implica que qualquer repulsão de um ataque de um outro soldado não conte como legítima defesa individual, pois esta exige a ilegalidade do primeiro ataque⁵⁸⁹.

Considerações agora mais ligadas à realidade da guerra. O problema com o primeiro ponto de vista não está tanto na dificuldade prática que resulta da conclusão de que todos os soldados do lado injusto ficariam assim sujeitos à possibilidade de acusação por se engajarem em combate, nem em alguma contradição lógica resultante da dedução de que, se os estados renunciaram à guerra como instrumento de política nacional, então os líderes do lado injusto mataram ilegalmente milhares⁵⁹⁰, pois sempre seriam possíveis construções jurídicas que evitariam a responsabilização na esmagadora maioria de casos, nomeadamente, mas não só, as defesas de erros de direito ou mesmo ordens superiores não manifestamente ilegais⁵⁹¹, além de que não há nada ilógico em defender que, sem causa de exclusão da responsabilidade, se preenche um (ou milhares de) crime(s) ou que essas defesas, que se aplicam aos combatentes e seus chefes militares, já não se aplicam aos responsáveis máximos pela guerra agressiva.

A dificuldade prática que se pode equacionar é outra, pois as regras do *jus in bello*, na esfera humanitária, devem continuar a ser observadas sob pena de as hostilidades degenerarem numa competição selvagem de forças físicas sem restrições decorrentes do respeito pela dignidade humana⁵⁹².

Com atenção à asserção de que nenhum estado obedeceria às constrições do *jus in bello* se não soubesse que iria derivar benefícios recíprocos da sua aplicação⁵⁹³, e não esquecendo o reparo de que uma “humanização excessiva” da guerra pode exceder os limites aceitáveis para as forças armadas, provocar a sua resistência e, assim, fazer erodir a credibilidade das regras, pois, de facto, não há certeza de que leis de guerra mais duras desencorajassem as guerras ou as tornassem mais curtas, é também avisada a

⁵⁸⁸ BOISTER, NEIL, “The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at the Tokyo International Military Tribunal, The Measure of the Crime of Aggression?”, 8 *Journal of International Criminal Justice* 425, 2010, p. 446.

⁵⁸⁹ Assim, WILT, HARMEN, “Can Romantics and Liberals be Reconciled? Some Further Reflections on Defending Humanity”, 7 *Journal of International Criminal Justice* 529, 2009 p. 532. Mas, cf. SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 207.

⁵⁹⁰ Mas cf. BOISTER, NEIL, “The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression”, pp. 443 e 444.

⁵⁹¹ Cf. *infra* Part IV, 2.1.3.10.

⁵⁹² Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Limits of the Operation of the Law of War”, p. 212 e 213.

⁵⁹³ Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 169.

afirmação de que na medida em que a lei da guerra possa reduzir o sofrimento humano e proteger a dignidade humana, ainda que imperfeitamente, ela serve um objetivo convincente, objetivo este que goza de um largo apoio político e moral⁵⁹⁴.

E salientar-se-ia ainda – contestando a “atratividade superficial” de uma proposição de “aplicação desigual”, fundada em “raciocínio débil” e “perigosa nos seus efeitos potenciais”⁵⁹⁵ – que a perda de imunidade dos combatentes do lado injusto levaria a uma perda de imunidade dos não combatentes do lado justo⁵⁹⁶, ao que se responderia que também não se concede aos assaltantes de um banco o direito de disparar sobre seguranças armados de modo a proporcionar um incentivo para não matar clientes desarmados⁵⁹⁷.

Mas, como já observado, enquanto num contexto doméstico a eficácia da proibição da morte de ambos guardas e clientes vem em parte da ordem jurídica imposta e suas consequências, já em conflito armado a eficácia, da ainda imperfeita ordem jurídica humanitária, resulta muito mais da interação entre combatentes, sendo que o papel dos líderes na preservação da ordem humanitária – incluindo os líderes dos agressores – é crucial⁵⁹⁸.

O princípio da aplicação igual do direito do conflito armado, como que resultando da consideração de que privilégios recíprocos incentivam obrigações recíprocas⁵⁹⁹, adquire aqui especial força, continuando a fazer sentido a afirmação de que a lei da guerra civiliza, em pé de igualdade, tanto a guerra lícita como ilícita e que é só porque ignora tal distinção que está em condições de garantir a sua aplicação geral⁶⁰⁰.

Todas as considerações precedentes não impedem, no entanto, que a recaraterização pudesse ser levada a cabo relativamente ao ato de agressão perpetrado pelos responsáveis máximos. Por um lado, a admissão daquela especificidade do caráter de liderança do crime de guerra agressiva implicaria que aqueles que realmente

⁵⁹⁴ No reparo, incerteza e afirmação MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, p. 241.

⁵⁹⁵ ROBERTS, ADAM, “The Equal Application of the Laws of War”, p. 933.

⁵⁹⁶ ASSIM, BOISTER, NEIL, “The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression”, p. 445.

⁵⁹⁷ Assim, RODIN, D., “Two Emerging Issues of the Jus Post Bellum: War Termination and the Liability of Soldiers for Crimes of Aggression”, in C. Stahn and J.K. Kleffner (eds), *Jus Post-Bellum: Towards a Law of Transition from Conflict to Peace*, The Hague, TMC Asser Press, 2008, p. 53 *apud* BOISTER, NEIL, “The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression”, pp. 445 e 446.

⁵⁹⁸ Assim, BOISTER, NEIL, “The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression”, p. 446.

⁵⁹⁹ ROBERTS, ADAM, “The Equal Application of the Laws of War”, p. 931.

⁶⁰⁰ Assim, BLUNTSCHLI, *Das moderne Kriegsrecht der zivilisierten Staaten*, 2ª ed., 1874, p. 519, *apud* LAUTERPACHT, HERSCH, “The Limits of the Operation of the Law of War”, p. 210, n. 210.

executam o ato estatal de agressão – e que estão em posição para cometer diretamente crimes de guerra – não estariam sob ameaça de serem acusados do crime de guerra agressiva, mantendo assim todos os incentivos possíveis derivados do direito penal internacional para não cometerem crimes de guerra⁶⁰¹. Por outro lado, não parece existir qualquer contradição em considerar culpado de um crime de agressão alguém que inicia uma guerra através de instrumentos (chefes militares e soldados) que não estão a cometer crime algum.

Ao que se poderia contrapor que assim também não há obstáculo lógico à punição dos líderes pela consumação de todos os atos cometidos pelos chefes militares e soldados e que são justificados pelo *jus in bello*. A guerra agressiva seria assim um crime continuado em que os seus responsáveis seriam responsabilizados, ao jeito de Nuremberga, por “todo mal acumulado”⁶⁰².

Mas, permanecendo o *jus in bello* aplicável, a solução seria que não só as ações de chefes militares e soldados se continuariam a reger por ele, como também as dos responsáveis máximos pela guerra agressiva. A recaraterização assim em causa seria só procedente para o ato de iniciar e continuar uma guerra mas não para os específicos atos desta, permanecendo o *jus in bello* aplicável de forma plena.

4.5.1.4. O Pacto de Paris⁶⁰³

4.5.1.4.1. A leitura em conjunto das fontes

Apesar de, como referido no âmbito das resoluções acima mencionadas, haver suporte para a fusão operada pelo tribunal entre os conceitos de criminalidade e ilegalidade, e apesar de processos de fusão semelhantes parecerem ter estado em funcionamento no âmbito da celebração do Pacto, a ausência de qualquer referência expressa à criminalidade da guerra agressiva – qual *lex imperfecta* que, à dissemelhança com o Pacto da Sociedade das Nações, não só não estabelecia uma sanção penal como não tinha mesmo qualquer sanção⁶⁰⁴ – tornaria menos fácil a asserção de que se pode

⁶⁰¹ Assim, KREB, CLAUDIUS, “Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus”, *The European Journal of International Law*, vol. 20, n.º 4, 2010, p. 1134, no contexto hodierno, acrescentando que a retenção de tal incentivo constitui a melhor explicação para a existência do requisito da liderança no crime de agressão.

⁶⁰² *Göring*, p. 421.

⁶⁰³ Em 1939, 63 de entre 67 estados tinham-no assinado. Só a Argentina, Bolívia, El Salvador e o Uruguai não eram partes. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 479, marg. 1318

⁶⁰⁴ Assim, VABRES, HENRI, “Le procès de Nuremberg”, p. 497.

fundar a existência de um crime de guerra agressiva no Pacto por si só⁶⁰⁵. Assim, destituído de contexto, o Pacto não serviria de fundação para tal criminalização.

No entanto, que o Pacto pode – juntamente com os outros instrumentos jurídicos referidos – contribuir para alicerçar o caso da cristalização de uma norma de direito internacional⁶⁰⁶ ou de um costume suficientemente desenvolvido⁶⁰⁷ de que a guerra agressiva é um crime internacional é, depois do avançado até agora, afirmação óbvia. Ou de outra forma, resulta do conjunto das fontes que a guerra agressiva é crime internacional⁶⁰⁸.

Entendida a questão por este prisma, pode ter sentido se avançar, se bem que não se esteja seguro da correção do que na afirmação vai implícito, que a forma como alguns autores negam que a “indubitável ilegalidade da guerra agressiva também implica a sua criminalidade, e tanto do estado enquanto tal como dos indivíduos responsáveis pela sua conduta, revela a esterilidade de uma abordagem que torna impossível a adaptação de regras e princípios específicos a grandes mudanças na lei expressamente adotada” e que pode ser entendida como razoavelmente subjacente à vontade do legislador⁶⁰⁹.

4.5.1.4.2. Há que analisar uma última objeção

Concretizando aquela *sugestão*⁶¹⁰, o juiz Röling sustentou que, se já existisse norma costumeira, não seriam necessárias negociações para o Pacto⁶¹¹.

Contudo, só se se sustentar que a *opinio iuris* entretanto teria mudado do momento da cristalização do costume para o momento da celebração do Pacto, é que se tem que chegar a esta conclusão, pois que uma norma costumeira tenha emergido antes de um tratado específico para o efeito é algo inteiramente lógico e o seu carácter costumeiro não é removido em virtude de tal conclusão de tal tratado⁶¹².

⁶⁰⁵ Parece que os próprios autores do Pacto não acreditavam ser este o caso. Cf. GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, p. 404. Cf., também, SELLARS, KIRSTEN, “Delegitimizing Aggression”, p. 29.

⁶⁰⁶ Assim, POLTORAK, A. I., “The Nuremberg Trials and the Question of Responsibility for Aggression”, *passim*.

⁶⁰⁷ Assim, GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, p. 397.

⁶⁰⁸ Neste sentido, WRIGHT, QUINCY, “The law of the Nuremberg Trial”, p. 340.

⁶⁰⁹ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Limits of the Operation of the Law of War”, pp. 209 e 210.

⁶¹⁰ De que só com um tratado é que surgiria costume proibitivo da agressão.

⁶¹¹ Possivelmente é nesta afirmação que se pode identificar o que está subjacente ao raciocínio que nega a criminalidade costumeira da agressão: sem tratado assinado e ratificado que diga que é crime, não há costume.

⁶¹² Neste sentido, *Nicaragua Merits*, para. 176. Tal como o TMI afirmou, os tratados, muitas vezes, só *definem mais precisamente princípios de direito já existentes*.

O caso do genocídio ilustra esta possibilidade pois a Assembleia Geral da ONU ao mesmo tempo que considerava que este era um crime à luz do direito existente apelava à celebração de uma convenção sobre o assunto⁶¹³. Muitas vezes, um tratado não consagra muito mais do que um estado de coisas anteriormente existente, formulando regras com mais precisão, desenvolvendo certas noções⁶¹⁴ ou clarificando os contornos de regras não escritas⁶¹⁵. Uma convenção pode também ser útil para focar a atenção dos órgãos nacionais sobre o assunto, especialmente em relação a uma qualquer ação que possa ter de ser tomada por estes, e também pode ser útil para clarificar e resolver detalhes necessários para implementar o princípio fundamental ou, mais em geral, para estabelecer um regime para lidar com a ilegalidade em causa⁶¹⁶.

Além de que as razões para não se chegar a acordo sobre a forma como uma regra específica deve ser plasmada num tratado, muitas vezes, não têm nada a ver com a existência da regra enquanto tal, mas com *nuances* relativamente à forma como ela deve ser escrita ou com as obrigações exactas que dela emanam, além de que a prática de colocar de lado um problema jurídico – a fim de fazer progressos no sentido de um objetivo desejável – é algo comum nas relações internacionais⁶¹⁷. Que os estados se sintam mais vinculados em resultado de uma norma escrita de um tratado do que em virtude de uma norma costumeira de existência discutível também poderá ser verdade.

De qualquer forma, pode-se aceitar: que, se a criminalidade estava implícita no Pacto, não se deu muita importância a essa circunstância, e nem sequer se a mencionou quando o Pacto foi aberto para ratificação em 1928; que, em resposta a críticos preocupados com a soberania, foi dito que o tratado era só exortatório, ou expressivo de objetivos ou aspirações nacionais, ou que era de natureza política e não jurídica; e que passados poucos anos da sua ratificação, a questão do tratado no seu todo passou à irrelevância, até à sua ressuscitação no pós-guerra⁶¹⁸.

No entanto, a aceitação não abala o que se propõe, pois o facto de os negociadores, e por aí os estados, estarem mais interessados, no momento da celebração

⁶¹³ Resolução 96 (1), de 11 de Dezembro de 1946.

⁶¹⁴ Neste sentido, GLASER, STEFAN, “La Méthode d’Interpretation en Droit International Pénal”, pp. 764 e 765.

⁶¹⁵ Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 57, marg. 156.

⁶¹⁶ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 391.

⁶¹⁷ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 423.

⁶¹⁸ Os três ‘que’ em BUSH, JONATHAN “ ‘The Supreme ... Crime’ and its Origins: The Lost Legislative History of the Crime of Aggressive War, *102 Columbia Law Review*, 2002, p. 2235.

do Pacto, nos aspetos (políticos) que lhe eram inerentes⁶¹⁹ e, depois desse momento, noutras coisas, não retira valor às conclusões jurídicas até agora apresentadas.

E se se quiser caricaturar a situação, até se poderia fazer o paralelo com um parlamento que discute gravemente um assunto que ainda não parece (bem) regulado, adota umas não sei quantas medidas inócuas e, depois, uns anos mais tarde, alguém descobre uma lei antiga que já regulava um detalhe específico do assunto. Continuando com a caricatura, o que os juízes em Nuremberga fizeram – ou em alternativa, para quem achar que se está a ‘ler demais’ nas decisões, poderiam ter feito – foi chamar a atenção para o facto de que já havia uma história, um projeto de tratado em que se afirmava um crime e que falhou por outras razões, uma declaração unânime de um protocolo, e depois uma resolução unânime do órgão mundial mais importante a nível internacional, e depois outra também unânime nas Américas, que, no seu todo, abarcavam a comunidade internacional como um todo e que, assim, já ‘tratavam do problema’.

4.5.1.5. Os ditames da consciência pública

Também se colocaria a questão de se não faria parte da consciência jurídica geral internacional – no seguimento da crescente consciência sobre os resultados devastadores das guerras entre exércitos com potência cada vez mais avassaladora para causar vítimas e sofrimento e, principalmente, depois do horror da Primeira Guerra – que o iniciar de uma guerra provavelmente sangrenta com o mero objetivo de, por exemplo, ‘ganhar espaço’, seria um crime de direito internacional. O que levaria à afirmação de que, a acusação por guerra agressiva, só não seria adequada se a comunidade das nações não a visse em 1939 como crime⁶²⁰. Depois do dito no ponto relativo ao costume, a conclusão parece evidente⁶²¹.

Recordando-se aqui que os princípios refletidos na cláusula, ou ela própria, são evolutivamente interpretados, a criminalização direta com base nos ditames pode ser alicerçada na consistentemente repetida linguagem – forte⁶²² – das declarações referidas

⁶¹⁹ O sistema emergente do tratado era composto por quatro elementos: obrigação de não recorrer à guerra para resolver controvérsias internacionais; obrigação de resolver as disputas exclusivamente por meios pacíficos; reserva do direito de legítima defesa, incluindo legítima defesa coletiva; reserva das obrigações da Liga das Nações. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 745.

⁶²⁰ Assim, STIMSON, HENRY, “The Nuremberg Trial: landmark in law”, p. 622.

⁶²¹ Cf., também, GLASER, STEFAN, “The Nuremberg Charter”, pp. 67 e 68. POLTORAK, A. I., “The Nuremberg Trials and the Question of Responsibility for Aggression”, p. 449 e 450. STIMSON, HENRY, “The Nuremberg Trial: landmark in law”, p. 619 e 621.

⁶²² “As altas partes contratantes afirmam que a agressão é um crime internacional e assumem a obrigação solene de não cometer este crime” (1923); “Asserindo que a guerra de agressão é um crime internacional e constitui uma violação desta solidariedade [dos membros da comunidade internacional]” (1924); “a Assembleia [...] estava convencida de que uma guerra de agressão nunca pode servir como um meio de resolver as disputas internacionais e que, em consequência, é um crime internacional” (1927); “a guerra de agressão constitui um crime contra o género humano” (1928).

feitas por uma esmagadora maioria dos estados, qual prática estatal global que incarna a consciência das comunidades e a opinião pública mundial⁶²³. O momento em que certas guerras de agressão obviamente violadoras dos ditames da consciência pública poderiam ser já consideradas como crime, diretamente a partir da cláusula, coincidiria possivelmente com o momento da cristalização do costume correspondente.

A possibilidade de criminalização com base nos ditames aqui em causa dependeria assim da aceitação da cláusula como fonte de direito, e também levantaria a questão de ela se aplicar, não só em guerra, mas também em paz. A possibilidade então de uma proibição em paz com o objetivo de impedir a guerra.

Por outro lado, os ditames da consciência no momento logo após a Segunda Guerra exigiriam a punição criminal dos responsáveis máximos pelo início de tais guerras. A questão então da possibilidade de punição criminal retroativa baseada nos ditames que aqui não se desenvolverá, mas que tem resposta que certamente seguirá as mesmas linhas expostas acima⁶²⁴.

4.5.1.6. As leis da humanidade

De um ponto de vista mais de direito não positivo, que não o do juiz Henri⁶²⁵, pois o hábito humano de guerra agressiva sugere que poderá não existir uma lei natural contra ela⁶²⁶, a guerra como parte da condição humana⁶²⁷ desde a luta entre Caim e Abel, e, lamentavelmente, provavelmente a continuar a sê-lo⁶²⁸, pode haver quem defenda que, se existem normas que não são de direito por manifesta contrariedade a alguma noção de direito e de humanidade, e os atos que se conformem com essa norma são criminosos apesar dessa conformidade, então também existem atos que, mesmo não indo contra uma norma com qualquer positividade manifesta, são contrários à própria noção de direito e assim, de alguma forma, também criminosos. Abandona-se este problema à sorte de tribunais alemães⁶²⁹ e filósofos⁶³⁰.

⁶²³ Cf., também, a propósito do papel desta enquanto “influência formativa” do direito das nações, HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, p. xiii.

⁶²⁴ Cf. *supra* Parte II, 4.1.4.

⁶²⁵ Não parece correta a ideia de que este juiz sustentou que os crimes contra a paz não eram puníveis à luz da lei existente ao tempo dos factos. Mas, cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 11, n 55.

⁶²⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, 149.

⁶²⁷ Enquanto conduta humana é mais similar a um homicídio ou um roubo do que a uma inundação ou seca. Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 77.

⁶²⁸ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 7.

⁶²⁹ Cf. *infra* Parte II, 4.6.4.2.3.4.4.

4.5.2. A possibilidade de julgamento de líderes de exércitos vencidos

4.5.2.1. Possibilidade de execução sumária dos derrotados antes da Segunda Guerra

Se é possível apontar exemplos hebraicos, gregos e romanos em que a vingança coletiva assumia a aparência de um sistema de justiça baseado em sanções⁶³¹ e precedentes no contexto inglês datados de 1268 e 1305 e, num contexto mais internacional, de 1474⁶³², parece que a não existência de precedentes durante os séculos XIX e XX, em matéria de julgamento de líderes derrotados, que tendo em conta as características do direito internacional não é razão para desconforto⁶³³, se deve mais a decisões políticas discricionárias por parte dos estados – que optavam por não levar os líderes de um exército vencido a julgamento⁶³⁴ – do que por existência de uma qualquer proibição legal internacional em o fazer, não se podendo assim acompanhar a afirmação de que foi com o estatuto do TMI, e com Nuremberga, que os líderes políticos deixaram de estar sob o guarda-chuva protetor da soberania estatal⁶³⁵.

A ideia de que, pelo facto de o início de uma guerra agressiva não ser ilegal, automaticamente o estado vencedor não poderia fazer nada, a não ser libertar os líderes do estado vencido, caso o tivesse capturado, não é de acompanhar. Tal como não é de sufragar a afirmação de que o líder de um país derrotado, responsável por uma guerra agressiva ilegal, teria direito à liberdade. Ou ainda de forma interrogativa: se o Pacto, ou alguma conceção geral de obrigações internacionais, bastava para autorizar uma declaração de guerra à Alemanha, em defesa da Polónia, com as incontáveis baixas militares e civis alemãs que tal implicaria, será possível que não autorizasse a punição judicial dos alemães responsáveis pelo ataque à Polónia⁶³⁶?

⁶³⁰ Segundo SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 54, a discussão não é não relacionada com o debate direito versus moralidade desenvolvida primeiro por Radbruch e subsequentemente celebrizada pelo debate entre Fuller e Hart na Harvard Law Review, mas devendo-se sublinhar que as discussões eram sobre a obediência a lei imoral e não especificamente sobre a legitimidade de persecução criminal retroativa. Cf., também, ALEXY, ROBERT, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, vol. 21, n.º 3, 2008.

⁶³¹ Assim, VABRES, HENRI, “The Nuremberg Trial”, p. 214

⁶³² Neste sentido, SCHWARZENBERGER, GEORG, “The judgment of Nuremberg”, pp. 167 e 168, referindo-se ainda a exemplos de julgamentos em 1644 e 1902.

⁶³³ Assim, GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, p. 398. Mas cf. SCHWARZENBERGER, GEORG, “The judgment of Nuremberg”, pp. 168 e 169 que, ao comparar a possível, neste contexto, não necessidade de existência de precedente à dispensa de existência de precedente para o primeiro crime, levanta a “pequena dificuldade” de que a arena internacional não era antes de 1939 o jardim do Éden em que o pecado original ainda estava para ser cometido.

⁶³⁴ Assim, TOMUSCHAT, CHRISTIAN, “The Legacy of Nuremberg”, *Journal of International Criminal Justice* 4, 2006, p. 831.

⁶³⁵ Mas cf. TOMUSCHAT, CHRISTIAN, “The Legacy of Nuremberg”, p. 838.

⁶³⁶ A interrogação em WECHSLER, HERBERT, “The issues of the Nuremberg Trial”, p. 318.

Não sendo proibido levar a julgamento essas pessoas – e querendo dar algum sentido a esse julgamento – a acusação poderia consistir no simples facto de se ter iniciado uma guerra agressiva. O que, se bem se está a ver o problema, significa que se poderia defender estar em existência um costume que permitiria o julgamento dos líderes dos países vencidos e a sua punição, inclusive com a pena de morte, por terem iniciado uma guerra agressiva. Isso abrangeria seguramente os líderes da Alemanha e Japão por terem iniciado algumas das guerras em causa.

Por outro lado, sustentar que se podia executá-los sumariamente por terem iniciado uma guerra, mas já não levá-los a julgamento, parece não lógico.

De raiz antiga, a produção da morte do líder, até como forma de que a indefesa multidão fosse poupada⁶³⁷, não era facto que impressionasse⁶³⁸. A conclusão jurídica de que a execução sumária do líder de um exército vencido era proibida pelo direito internacional antes da Segunda Guerra não aparece como fácil⁶³⁹, sendo de trazer para este contexto a asserção de que a sorte de um líder de um exército vencido era determinada pelo vencedor, mais como resultado da própria derrota, do que da sua responsabilidade individual⁶⁴⁰.

De relevo que um dos principais impulsionadores da criação do tribunal não via em 1945 a criação de um tribunal de direito para julgar os principais criminosos de guerra, e a conseqüente impossibilidade de execução sumária, como algo exigido pelo direito internacional⁶⁴¹. De facto, a proposta de execução sumária dos líderes nazis só muito perto do final da guerra foi abandonada⁶⁴² e não há indícios de que a possível ilegalidade de tal execução sumária tenha sido sequer ponderada⁶⁴³. A decisão de

⁶³⁷ Desta forma se pronunciava Thomas More, citado em MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 73.

⁶³⁸ Gentili, de forma diferente e animado pelo desejo de poupar o maior número possível de pessoas – em resposta a apoiantes da imunidade de líderes capturados que arguíam que iguais não tinham poder sobre iguais (*par in parem not habet jurisdictionem*) –, avançava que *nem* a morte dos líderes capturados aprovava. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 73.

⁶³⁹ Cf., também, BASSIOUNI, M.CHERIF, “The 'Nuremberg legacy'”, pp. 584 e 585; STIMSON, HENRY, “The Nuremberg Trial: landmark in law”, p. 617 e 622.

⁶⁴⁰ A ideia assim formulada não se origina no autor desta tese, mas perdeu-se o rasto ao autor.

⁶⁴¹ Cf. discurso de Robert Jackson em 13 de Abril, 1945 reproduzido em JACKSON, ROBERT, “The Rule of Law Among Nations”, *31 American Bar Association Journal* 290, 1945. Cf. também, LAWRENCE, GEOFFREY, “The Nuremberg Trial”, p. 292; GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, pp. 398 e 399; TAYLOR, TELFORD, “The Nuremberg Trials”, pp. 376 e 377.

⁶⁴² Assim, LIPPMAN, MATTHEW, “Nuremberg: forty five years later”, p. 508.

⁶⁴³ A descrição das possibilidades aventadas em JACKSON, ROBERT, “The challenge of international lawlessness”, pp. 699 a 701, é ilustrativa a este propósito. E se a CCGONU estava preocupada com a legalidade do procedimento para lidar com os líderes dos países do Eixo, já a solução política advogada por Churchill, e também favorecida a princípio por Roosevelt e, suspeita-se, que Stalin não objetaria, qual exílio de Napoleão mas sem exílio, mostra que nem toda a gente estava. Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 73. O comentário sobre Stalin não é do autor citado. De qualquer forma, a

voluntariamente evitar a retribuição sumária e submeter os principais responsáveis pelos crimes cometidos ao julgamento do direito deveria então ser vista mais como um tributo à razão⁶⁴⁴ do que um produto de direito aplicável aos “foras da lei” em causa.

4.5.2.2. Hipótese de direito costumeiro em sentido contrário

4.5.2.2.1. Um direito internacional esquizofrénico

Mas também se pode colocar a hipótese de antes do Acordo de Londres se ter desenvolvido o princípio de que não se podem pura e simplesmente levar a cabo execuções sumárias dos líderes vencidos e criminosos de guerra⁶⁴⁵. Se assim for, só parece ter sentido que um desenvolvimento deste género tenha sido acompanhado pelo aparecimento de algo para substituir essa opção, nomeadamente tornar-se obrigatório assegurar alguma possibilidade de defesa, ainda que sumária, ou mesmo assegurar que uma execução só pudesse resultar de uma punição aplicada num julgamento, qual culminação dos ideais modernos e civilizados de cultura e de tolerância que se cristalizavam em forma concreta⁶⁴⁶, qual substituição da possibilidade de vingança por julgamento num tribunal de direito. O que não parece ter respaldo em qualquer interpretação razoável do direito internacional é afirmar que a possibilidade de executar sumariamente deixou de existir mas que, subitamente, não se poderia fazer nada relativamente aos atos em causa, o que implicaria, em última análise, a tal libertação, de certa forma “o abandono da punição” como única alternativa “à punição humana imperfeita e falível”⁶⁴⁷.

A noção da guerra como função natural do estado, com a conseqüente liberdade de se a iniciar, nunca parece ter sido acompanhada, nem pela ideia, nem pela respetiva noção jurídica, de que o vencedor tivesse as mãos atadas no pós-guerra no que diz

identificação correta dos ‘foras da lei’ aparentava algo de processo jurídico. Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 74.

⁶⁴⁴ JACSKSON, OPENING STATEMENT BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL NUREMBERG, 21 de Novembro de 1945: “[t]hat four great nations, flushed with victory and stung with injury, stay the hand of vengeance and voluntarily submit their captive enemies to the judgment of the law is one of the most significant tributes that Power has ever paid to Reason”.

⁶⁴⁵ Com o decorrer da Guerra tornaram-se frequentes as declarações de que os responsáveis pelos crimes em causa seriam submetidos a um tribunal. Cf. GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, p. 419, especialmente n. 75, e 420. WECHSLER, HERBERT, “The issues of the Nuremberg Trial”, pp. 317 e 318.

⁶⁴⁶ Assim, OPENING STATEMENT OF THE PROSECUTION, JOSEPH B. KEENAN, International Military Tribunal Far East, 3 de Março 1946 (disponível em <https://historywandervogel.wordpress.com/2013/12/19/opening-statement-of-the-prosecution-joseph-b-keen-an-international-military-tribunal-far-east-may-3rd-1946/>).

⁶⁴⁷ Cf. a reflexão a este propósito de VABRES, HENRI, “The Nuremberg Trial”, p. 215.

respeito aos líderes dos vencidos. Se a ideia de que se pode fazer guerra livremente, ao mesmo tempo que depois há a possibilidade de punir quem exerce essa liberdade, pode parecer esquizofrênica, é consideração que merece pausa para reflexão, mas num período de excessiva acentuação da soberania e liberdade estatal não são de admirar algumas perplexidades, consonantes até com a ideia ‘lotusiana’ de que o que não é proibido é permitido.

4.5.2.2.2. Uma lacuna?

O único raciocínio jurídico capaz de suportar aquela tese seria o de que – deixando de ser admitida a execução sumária – não houve um processo de criação de direito que substituísse essa possibilidade por uma qualquer outra e, em consequência, como que existiria um ‘vazio’ no direito internacional. Não entrará, no entanto, na discussão sobre se há lacunas no direito internacional, e se o princípio, ‘de que tudo o que não é proibido é permitido’, aí existe⁶⁴⁸, pois adota-se a posição de que os precedentes históricos de julgamentos seguidos de execução servem de base suficiente à afirmação da possibilidade de punição. Além de que o ‘óbvio’ seria aqui certamente prestável.

E não deixa de se chamar a atenção para que, por vezes, se defende que os acusados de crimes de guerra têm direito de acordo com o direito internacional costumeiro a serem julgados por um tribunal militar do inimigo, mas rapidamente se acaba por não estender esta proteção aos “gangsters internacionais” em causa, relativamente aos quais, qualquer retribuição seria justificada⁶⁴⁹ pois, sendo “foras da lei”, que violaram todos os *standards* de humanidade, não beneficiariam da proteção do direito internacional, sendo que lidar com eles, de acordo com os próprios *standards* e com o que a consciência permitisse, seria “menos artificial” do que asserir que a guerra agressiva era um crime de acordo com o direito costumeiro⁶⁵⁰.

Enfim, não havia tratado, nem prática e/ou *opinio iuris* dos estados, que apontasse, não só para a proibição da execução sumária de líderes vencidos, como também para a não existência de possibilidade de punição, nem jurisprudência neste sentido, nem a doutrina apontava em geral neste sentido.

⁶⁴⁸ Sobre isto cf. VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 78 e 79 e doutrina aí citada.

⁶⁴⁹ Assim, SCHWARZENBERGER, GEORG, “The judgment of Nuremberg”, p. 173.

⁶⁵⁰ Assim, SCHWARZENBERGER, GEORG, “The judgment of Nuremberg”, pp. 182 e 187

4.5.2.2.3. Prática incipiente e amnésia

De qualquer forma, já havia sinais anteriores à Segunda Guerra que apontavam no sentido de que, pelo menos, algum tipo de execução sumária no que diz respeito a ‘crimes relacionados com a guerra’ era proibido, pois um espião apanhado em flagrante não poderia ser punido sem julgamento prévio (artigo 30 RH)⁶⁵¹.

Já depois do início da guerra é de referir o *US Field Manual* de 1 de Outubro de 1940 em que se estabeleciam várias normas para aqui importantes.

As execuções sumárias já não são contempladas pelas leis da guerra (para. 13 sob a epígrafe ‘determinação do *status* das tropas capturadas’).

Nenhum indivíduo pode ser punido por uma infração às leis da guerra a não ser depois de julgamento e condenação por tribunal militar, comissão ou outro tribunal competente designado pelo beligerante (para. 365)⁶⁵².

Nenhuma pessoa acusada de espionagem será punida até que a autoridade judicial pronuncie sentença (artigo 25).

Não se considera, porém, que estes escassos exemplos fossem suficientes para infirmar o avançado. Aliás, a ‘amnésia’ em sentido aparentemente contrário à lei americana de líderes e juristas proeminentes dos EUA não deixa de dar ‘algum conforto’ à posição aqui adotada. Sempre se poderia avançar a justificação, no entanto, de que os artigos em causa só se referiam às tropas e não aos líderes. Ou que as ‘leis de guerra’ referidas não compreendiam infrações ao *jus ad bellum* mas tão só as violações do *jus in bello*.

4.5.2.2.4. Uma extensão?

Se, de acordo com o artigo 46 CG 1929 – que estabelece que os prisioneiros de guerra não podem ser sujeitos pelas autoridades militares ou tribunais da potência que os detêm a penas diferentes das prescritas para atos semelhantes de membros das forças nacionais –, a execução de prisioneiros sem julgamento é um crime de guerra enquanto as hostilidades estão a decorrer, então, também depois de as hostilidades cessarem, tem

⁶⁵¹ Cf., também, artigo 25 do Manual de Oxford.

⁶⁵² Esta norma já estava, de alguma forma, implícita no artigo 59 do Código de Lieber.

de haver julgamento⁶⁵³, mesmo dos líderes derrotados, no que significaria tornar a execução sumária dos líderes vencidos, capturados e executados depois da guerra, num crime de *jus in bello* para punir uma violação do *jus ad bellum*.

Esta extensão da CG 1929, no que diz respeito aos líderes vencidos, aparece como incorreta, pois, a lógica subjacente à punição destes, não tem necessariamente de ser a mesma que percorre a exigência de julgamento relativamente aos prisioneiros feitos durante a guerra, os quais as mais das vezes são soldados que não cometeram qualquer ilegalidade.

Recorde-se que um princípio de direito internacional se tinha já desenvolvido, no sentido de que “o cativo de guerra não é nem vingança nem punição, mas somente custódia protetiva, cujo único objetivo é impedir os prisioneiros de guerra de uma participação futura na guerra. Este princípio foi desenvolvido de acordo com o ponto de vista de todos os exércitos de que é contrário à tradição militar matar ou ferir pessoas indefesas”⁶⁵⁴.

Por outro lado, a exigência de julgamento aqui em causa diz respeito a crimes ou infrações cometidas depois de se adquirir o *status* de prisioneiro de guerra e não a possíveis crimes de direito internacional cometidos em momento anterior à aquisição do *status*⁶⁵⁵. De facto, é notório que a CG 1929 está pensada para mitigar os rigores a que normalmente estão sujeitos os combatentes capturados pelo inimigo e delineada, ao nível da punição, para crimes que eventualmente os prisioneiros pratiquem nessa condição⁶⁵⁶. Em lado algum da convenção se fala de punição por crimes de direito internacional.

Ou seja, uma coisa é a punição e julgamento de prisioneiros de guerra⁶⁵⁷ por vicissitudes que possam ocorrer durante a manutenção desse *status* outra a punição e julgamento de criminosos de guerra e dos líderes responsáveis pelo desencadear de uma guerra. São lógicas diferentes as que subjazem à punição de uns e outros e no artigo em análise só está refletida a primeira.

⁶⁵³ Assim, WECHSLER, HERBERT, “The issues of the Nuremberg Trial”, pp. 317 e 318. Cf., também, VABRES, HENRI, “The Nuremberg Trial”, pp. 213 a 217; Latenser, Hans, “Looking Back at the Nuremberg Trials”, pp. 482 e 483.

⁶⁵⁴ *Göring*, pp. 452 e 453.

⁶⁵⁵ *Hostages*, p. 1242.

⁶⁵⁶ Cf., também, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 267.

⁶⁵⁷ Um exemplo de condenações por crimes de guerra, por não respeitar o direito dos prisioneiros a julgamento, pode-se ver no caso *Justice*, pp. 954 e ss.

4.5.2.3. Hipótese de princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas em sentido contrário⁶⁵⁸

Mas insiste-se ainda em perguntar se não existiriam princípios gerais de direito comuns neste sentido. Afinal de contas, não se julgavam os criminosos em todos os países civilizados? O cenário internacional era diferente, é certo. Mas depois de encaminhada a agressão para o campo do direito e tratada como criminosa haveria que salientar que onde se julgam e condenam os criminosos é no tribunal.

Esta transposição de princípios nacionais para a cena internacional pode parecer forçada pois a lógica inerente à guerra, e ao começo dela, fenómeno do direito internacional, não pode se compadecer com a transposição automática de princípios de direito interno. De qualquer forma, não se abandonará esta hipótese, pois nas ‘nações então civilizadas’ já era nos tribunais que se julgavam os criminosos.

4.5.2.4. A melhor solução de direito e o direito que sai de Nuremberga

Se aquela extensão pode parecer incorreta e esta transposição como forçada, não deixa de parecer poder se desenvolver uma argumentação no sentido de que não se podiam executar sumariamente nem criminosos de guerra nem líderes e de que a única possibilidade seria o julgamento destas pessoas num tribunal de direito onde a sua culpa fosse civilizadamente apurada. Uma leitura em conjunto das fontes de direito internacional parece poder olhar para a construção de uma norma neste sentido como um exercício não absurdo.

Mas se se concluir que a interpretação mais forte do direito aplicável antes da decisão de criação do tribunal de Nuremberga é a de que a execução sumária dos responsáveis máximos não seria um ato ilegal de acordo com o direito internacional aplicável⁶⁵⁹, então com a celebração do Acordo de Londres e sua materialização o direito muda.

Que o julgamento de Nuremberga acabe por ser assim o “precedente civilizado”⁶⁶⁰ que impede que na cena internacional os atos de mera vingança possam

⁶⁵⁸ Nem se analisará aqui a possibilidade (muito inverosímil) de deduzir a proibição de execução sumária em causa de leis da humanidade ou ditames da consciência pública.

⁶⁵⁹ Mas só destes, pois nada sugere, pelo menos aos olhos de americanos, ingleses e franceses, que as execuções extrajudiciais de soldados ou mesmo de pessoas que lutavam ou espiavam sem uniforme fossem permitidas. Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 75, acrescentando que já quanto a Stalin o ponto de vista poderia ser diferente.

⁶⁶⁰ JACKSON, ROBERT, “The challenge of international lawlessness”, p. 371.

levar a retribuição sumária dos líderes vencidos⁶⁶¹ e que obriga a um julgamento num tribunal de direito onde a sua culpa seja determinada⁶⁶², parece ser legado de que os seus principais impulsionadores se podem legitimamente orgulhar⁶⁶³.

4.5.3. Desenlace

Para quem entenda que o crime de guerra agressiva não existia à data do início da guerra, uma última consideração rara, ou timidamente avançada, parece levar ao ruir da teoria de que os julgamentos representaram uma violação de um suposto *nullum crimen* que o tribunal teria de respeitar à data do julgamento, e que o obrigasse a não aplicar direito de forma retroativa e o constringesse à utilização de métodos de interpretação comparáveis aos métodos de interpretação ‘mais estritos’ exigidos por alguns *nulla crimine* existentes a nível nacional.

É sugerido⁶⁶⁴ que, provavelmente, o que o juiz Röling arguia era que no caso raro em que a vingança por um determinado ato (no caso, por iniciar de uma guerra agressiva) é lícita, então o princípio da legalidade não é ofendido por tornar esse ato um crime, mesmo após esse ato ser cometido, pois o civilizar da punição, de vingança para sentença em tribunal de justiça, não representa uma violação da legalidade, porque a pena só foi mitigada, ou pelo menos regularizada⁶⁶⁵.

Ou, de forma mais retribucionista, se se achar que o sistema de justiça é fundado na vingança, e se se deixar de fingir que a justiça e a vingança, qual pensamento incivilizado, nada têm a ver uma com a outra⁶⁶⁶, então aquela vingança permitida sofreu uma institucionalização.

⁶⁶¹ Recentemente a proibição de execução sumária foi considerada como norma perentória em *Xuncax v. Gramajo*. Cf. VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens* p. 157.

⁶⁶² TAYLOR, TELFORD, “The Nuremberg Trials”, p. 401, n. 154.

⁶⁶³ O princípio V de Nuremberga estabelece que “qualquer pessoa acusada de um crime de direito internacional tem direito a um julgamento justo sobre os factos”. PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW RECOGNIZED IN THE CHARTER OF THE NÜRNBERG TRIBUNAL AND IN THE JUDGMENT OF THE TRIBUNAL (1950). *Text adopted by the International Law Commission at its second session, in 1950 and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session. The report, which also contains commentaries on the principles, appears in Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, para. 97 (Princípios de Nuremberga).*

⁶⁶⁴ Sugestão em GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 147.

⁶⁶⁵ Ao falar da questão de se a punição dos crimes de guerra cometidos pelo inimigo é desejável, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 58, incluía no conjunto de considerações, a desejabilidade, *em parte no interesse dos culpados*, de canalizar a até ao momento suprimida e cruel sede de vingança em procedimentos jurídicos regularizados.

⁶⁶⁶ Esta ideia e formulação em AUKERMAN, MIRIAM, “Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice”, *15 Harvard Human Rights Journal* 39, 2002, *passim*, em especial, pp. 54 a 56.

Aquela interpretação da decisão do juiz Röling parece correta. E também é a posição adequada como solução última para o problema em análise.

A ideia não é tanto a de que se as expectativas dos arguidos foram violadas isso se deveu a terem recebido melhor tratamento do que tinham razão para crer e, portanto, sendo que o que está errado com a punição retroativa é que dá às pessoas pior tratamento do que o que teriam razão para esperar, o julgamento de Nuremberga, embora baseado em direito retroativo, não desapontou, neste sentido, os arguidos⁶⁶⁷.

A ideia é mais a de que, mesmo que se considere que o crime de guerra agressiva não existia no momento dos factos, e que a possibilidade de julgamento criminal por atos de tal agressão também não estava estabelecida ao tempo da agressão, mas só foram estabelecidos posteriormente, essa punição por crime de agressão não existente no momento dos factos é direito mais favorável do que o direito anteriormente vigente, a possibilidade de execução sumária, e como consequência a aplicação do direito mais favorável não viola o *nullum crimen*. Mesmo quem entenda que a possibilidade de execução sumária já não existiria⁶⁶⁸, sempre admitiria que a punição judicial por guerra agressiva seria possível⁶⁶⁹.

Poder-se-ia atacar esta ideia avançando que, se assim for, então tivesse o lado oposto ganho a guerra e, existindo a possibilidade de execução sumária dos líderes dos Aliados, então se esse lado inventasse um crime qualquer (o crime de perder a guerra ou ter estado em guerra contra os vencedores, por exemplo) e se tivesse lugar julgamento por esse crime com mais garantias do que as oferecidas pela execução sumária, então também não haveria violação do *nullum crimen*.

Em última análise, esta proposição não é descabida, principalmente se as novas regras a aplicar não previssem pena de morte. Algumas notas, claro.

Primeira, a de que há ‘consenso’ sobre o facto de que em todo o caso a guerra agressiva seria ilegal. E que há ‘consenso’ de que o perder ou ter estado em guerra não era ilegal.

Segunda, a de que o julgamento num tribunal de direito por um ato ilegal (a guerra agressiva) no momento dos factos e criminal à data do julgamento, embora antes não criminal, com as garantias de um processo justo, é direito mais favorável do que a possibilidade de

⁶⁶⁷ Esta ideia em LUBAN, DAVID, “The Legacies of Nuremberg”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 656.

⁶⁶⁸ Talvez esta posição seja sugerida pelo presidente do TMIEO. Cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 76.

⁶⁶⁹ WECHSLER, HERBERT, “The issues of the Nuremberg Trial”, p. 319. A exceção será o juiz Pal que no entanto não parece em qualquer momento da sua longa dissensão explicar qual a lógica da consideração de que antes se podia executar sumariamente mas depois deixou de sequer se poder punir de uma qualquer forma.

execução sumária⁶⁷⁰. Já o julgamento por um ato não ilegal no momento (o perder a guerra ou ter estado em guerra) mas agora criminal (supondo a adoção e a aceitação parecida de uma carta semelhante que incluísse estes ‘crimes’) é mais facilmente configurável como uma farsa judicial, ou brincadeira de mau gosto, do que com direito mais favorável, apesar de na realidade não deixar de ser tratamento mais lenitivo⁶⁷¹ do que a não proibida possibilidade fáctica em causa. Não existiria, de facto, uma violação de sentido do *nullum crimen*, pois a farsa parece ser melhor do que execução sumária, pelo menos de um certo ponto de vista que atribui primazia à preservação da vida perante procedimentos atentatórios da dignidade.

Terceira, a de que a primeira e a segunda servem para mostrar que a condenação por guerra agressiva, mesmo que retroativa em sentido técnico, poderia ser vista mais facilmente como situação de direito mais favorável do que um conjunto de possibilidades fácticas, fársicas ou completamente desligadas de qualquer ideia de justiça que sempre poderiam ser imaginadas.

E assim, quarta, poder-se-ia respaldar a ‘licitude’ da execução sumária não só na possibilidade fáctica para tal, e na ausência de norma proibitiva de direito internacional, o que na senda de *Lotus* implicaria permissão, mas também numa ideia de reação alicerçada em retribuição justa. Não existindo necessidade de mais do que uma mera identificação cabal dos maiores criminosos de guerra, pois a prova contra eles seria já evidente aos olhos do mundo, um processo jurídico – o qual lhes prolongaria a vida – seria mais do que eles ‘mereceriam’ depois das atrocidades cometidas. Contra as maiores e evidentes atrocidades contra o ser humano, entre as quais se achariam algumas das guerras agressivas encetadas, a execução sumária poderia ter lugar. A retaliação, vingança ou a execução sumária por atos de que não se tem culpa não parece ter sentido. Enfim, o tal direito de punição, *implícito* no direito de fazer guerras por causas humanitárias, só era claramente reconhecido contra o vilão⁶⁷².

Que aquele direito mais favorável, porque resultado da criação de um crime novo, envolvesse somente a aplicação da pena de prisão perpétua e não a da pena de morte, é sugestão que parece resultar das condenações aplicadas pelos tribunais de Nuremberga⁶⁷³ e Tóquio⁶⁷⁴. Mas não da consideração de que iniciar uma guerra de

⁶⁷⁰ Talvez seja esta a ideia que se quer transmitir quando se avança que o assunto *ex post facto* torna-se muito mais fácil pelo facto da violação do tratado, sendo que um homem que viola um tratado arrisca-se a ser punido pelo ofendido no emprego de “auto-ajuda”. Cf. TAYLOR, TELFORD, *The Anatomy of the Nuremberg Trials, A Personal Memoir*, Knopf Doubleday Publishing Group, 1992, p. 51 (1992).

⁶⁷¹ Qual grande diferença entre a coerção num tratado usada por um agressor para consolidar os frutos da sua agressão e a coerção usada para impor um ajuste de paz sobre um agressor. Neste sentido, DOCUMENT A/CN.4/156 AND ADD.1-3, “Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 52.

⁶⁷² Conferir, em geral, MERON, THEODOR, “Common Rights of Mankind”, *passim*.

⁶⁷³ Que não da opinião do juiz soviético. Cf. WRIGHT, QUINCY, “The law of the Nuremberg Trial”, p. 325 e 326, sustentando que uma possível explicação para a decisão de tribunal é a de que a relação entre a guerra agressiva e as mortes, a destruição de propriedade e os valores sociais é menor do que no caso de crimes contra a humanidade e realçando que algumas das guerras agressivas perante o tribunal resultaram em milhões de mortes mas que noutras, tais como as invasões da Áustria e Checoslováquia, as mortes foram poucas. Que, dependendo da guerra agressiva em causa, a consequência pudesse ser diferente, é consideração que se pode acompanhar.

agressão não é apenas um crime internacional, mas também o supremo crime internacional⁶⁷⁵, o “paradigma arquetípico” onde cabem as outras atrocidades⁶⁷⁶, a “primeira e fundamental acusação” de onde todas as outras provêm⁶⁷⁷, diferindo apenas dos outros crimes de guerra pois contém em si o “mal acumulado do todo”. Além de que não parece ter respaldo em qualquer fonte de direito internacional. Sendo esta consideração correta, a via da não aplicação da pena de morte não era imposta pelo direito internacional⁶⁷⁸.

Uma última nota, sublinharia que se o crime de agressão fosse mesmo novo, uma condenação por crimes de guerra a pena de morte acompanhada de uma condenação por crime de agressão não existente à data dos factos violaria o *nullum crimen*, mesmo que a pena de morte se apoiasse apenas nos crimes de guerra, pois o *facto* da agressão não seria punido à altura relevante. O que não impedia que se declarasse a agressão como crime à data do julgamento. O facto de o *nulla poena* não ser violado não parece poder apresentar aqui alguma autonomia relevante⁶⁷⁹ a não ser a da simples constatação de que, apesar da condenação adicional, não teria sido aplicada uma pena maior da que seria aplicada caso essa condenação tivesse sido proferida.

4.6. O *nullum crimen* e os crimes contra a humanidade

4.6.1. O nexó com a guerra na Carta

Dir-se-ia que a definição de crimes contra a humanidade foi a contribuição mais radical ou revolucionária para o direito internacional feita pela Carta, ao estabelecer, pela primeira vez, uma responsabilidade penal direta à luz do direito internacional pelas

⁶⁷⁴ Cf. BOISTER, NEIL/ CRYER, ROBERT, *Documents*, pp. lxxv, considerando o caso do General Tōjō como possível exceção. No entanto, mais à frente (BOISTER, NEIL/ CRYER, ROBERT, *Documents*, p. lxxviii) os autores consideram, também aparentemente de forma correta, que não há indícios de que o fundamento da não aplicação em Nuremberga da pena de morte àqueles só condenados por crimes contra a paz tenha sido este. Cf., também, LAWRENCE, GEOFFREY, “The Nuremberg Trial”, p. 296 e 297. Cf., ainda a tese de RÖLING, BERT, “The Nuremberg and the Tokyo Trials in retrospect”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 469, de que o que estará na base destas punições, o elemento decisivo no crime de guerra agressiva, é o do perigo político e não o da culpa criminal.

⁶⁷⁵ A suposta contradição é sublinhada por MERKEL, REINHARD, “The law of the Nuremberg Trial”, pp. 569 e 570.

⁶⁷⁶ SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 207.

⁶⁷⁷ VABRES, HENRI, “The Nuremberg Trial”, p. 217.

⁶⁷⁸ Cf., também, em sentido similar GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 147.

⁶⁷⁹ Mas cf. a interpretação de GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 97 e 98 sobre a argumentação do procurador britânico no TMI.

atrocidades cometidas num país, mesmo entre os seus cidadãos⁶⁸⁰. Conquista caracterizada, no entanto, pela sua necessária ligação a outros crimes sob jurisdição do tribunal, o que efetivamente reduziu os crimes contra a humanidade a *atrocidades de guerra*, e, mesmo significando um desvio à tradição do direito da guerra de só proteger pessoas ligadas ao inimigo, manteve o paradigma deste direito ao limitar os crimes a *crimes durante a guerra*⁶⁸¹.

À luz de um outro ponto de vista, o artigo 6 da Carta – ao refletir a tensão entre a “reverência à soberania estatal” e o surgimento da “promoção dos direitos humanos” como um objetivo global do sistema internacional – “reforça”, por um lado, na alínea a), o conceito de soberania, criminalizando infrações à manutenção da paz, a violação da soberania de outro estado, e por outro lado, na alínea c), “fura o véu” da soberania nacional, ao responsabilizar juridicamente os líderes por atos relativos aos seus próprios nacionais, tendo o nexos de guerra sido concebido para “conciliar a tensão” entre estas duas disposições, garantindo que somente quando um “estado perturba a ordem mundial” por se envolver em atos agressivos é que a sua soberania seria contestada⁶⁸².

A suposta “cuidada” e “cínica” escolha do chamado ‘nexo’, através do qual atos em paz não estariam sujeitos a persecução por crimes contra a humanidade, projetada de forma a insular os quatro grandes poderes de responsabilidade criminal pelas políticas racistas, colonialistas e repressivas dos seus próprios regimes⁶⁸³, não é tanto um ‘nexo de/durante a guerra’ mas um ‘nexo com a guerra’ pois os crimes poderiam ter sido cometidos antes ou depois da guerra. O que significa que poderiam ter sido cometidos crimes contra a humanidade em paz desde que em conexão com uma guerra, quer ela já tivesse a decorrer, quer ainda estivesse por vir.

Na verdade, a ideia de que os crimes cometidos pelo regime nazi entre 1933 e 1939 não estavam compreendidos no âmbito do artigo 6 (c) da Carta é disseminada⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 31. MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, 263.

⁶⁸¹ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, 263.

⁶⁸² Assim, SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity, Resolving the Incoherence”, *37 Columbia Journal of Transnational Law* 787, 1999, pp. 846 e 847. Cf., ainda, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 33.

⁶⁸³ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 75. Já BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 143, acha que o nexos foi provavelmente motivado pelo desejo de fortalecer a legalidade da Carta ao ligar os crimes contra a humanidade à noção mais estabelecida de crimes de guerra.

⁶⁸⁴ Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 95, n. 39. A dupla referência à guerra (“antes ou durante a guerra” e “em execução ou em conexão com qualquer crime sob a jurisdição do Tribunal”) é classificada pelo autor como uma redundância. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 34. Para o autor a ligação dos crimes contra a humanidade aos crimes de guerra, mas não aos crimes contra a paz, é evidente, ligação, esta última, incompreensível visto que estes não eram crime antes da Carta,

A falta de clara elucidação desta ideia e do que lhe está subjacente, a saber, a de que crimes contra a humanidade podem ser cometidos em paz⁶⁸⁵, contribuiu possivelmente para algum inquinamento do debate até aos dias de hoje.

4.6.2. As raízes bem antigas e a deferência para com a soberania em pleno século XIX e a caminho da Primeira Guerra

Crimes em massa cometidos contra a população civil, dos quais o mais grave é o assassinato de grupos inteiros de pessoas⁶⁸⁶, compreendendo atos específicos que há muitos séculos são proibidos nos direitos criminais domésticos de todos os estados⁶⁸⁷, as raízes dos crimes contra a humanidade, e da proteção dos direitos individuais em geral, podem ser rastreados aos ensinamentos de Sócrates, Platão e Aristóteles e à noção de direito natural⁶⁸⁸.

Como exemplos de crimes contra os princípios básicos da humanidade podem apresentar-se as cruzadas do século XI, a exterminação de um elevado número de pessoas das populações nativas nas conquistas espanhola e portuguesa das Américas, o massacre de milhares de franceses Huguenotes durante a noite de São Bartolomeu de 23 de Agosto de 1572 e o massacre de Glen Coe de 1692⁶⁸⁹.

A impunidade era a regra e a *punição a exceção*, sendo exemplo da última o julgamento por um tribunal estabelecido pelo Arquiduque da Áustria para julgar Peter von Hagenbach, condenado⁶⁹⁰ e executado por crimes de homicídio, violação, perjúrio, entre outros, em relação ao regime de arbitrariedade, brutalidade e terror instalado para reduzir a população da cidade fortificada de Breisach a submissão total⁶⁹¹. Este caso é normalmente referido como o do primeiro julgamento de direito penal internacional ou de crimes de guerra⁶⁹².

Neste contexto, talvez seja não deslocado recordar que, ao final sangrento da guerra dos trinta anos que trouxe o fim de uma época medieval⁶⁹³, seguiu-se uma situação sem precedentes, na qual os estados recém-emergentes, “separados das suas amarras tradicionais para com a igreja, império, e uma lei superior, estavam como que a tatear em busca de novos princípios de conduta

concluindo que os primeiros derivavam a sua legitimidade da sua ligação aos crimes de guerra e não aos crimes contra a paz. Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 112.

⁶⁸⁵ Esta a sugestão da CCGONU. Cf. HISTORY OF THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, p. 192. Em sentido contrário, relativamente à jurisdição do TMI, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 89.

⁶⁸⁶ WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 328, marg. 867.

⁶⁸⁷ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 96.

⁶⁸⁸ Assim, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 147. Cf., ainda, algumas reflexões filosóficas em BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 42 a 44.

⁶⁸⁹ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 1.

⁶⁹⁰ Ele espezinhara as leis de Deus e do Homem. Cf. SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 148.

⁶⁹¹ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 1.

⁶⁹² AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 1.

⁶⁹³ Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 18.

e inter-relação que lhes fornecesse uma bússola de navegação nas águas tempestuosas que estavam por vir”⁶⁹⁴.

E já no final do século XIX, associado à escravatura e ao tráfico escravo e, no princípio do século XX – normalmente para descrever atrocidades relacionadas com o colonialismo europeu em África e noutros lugares – o termo ‘crimes contra a humanidade’ já estava em uso corrente⁶⁹⁵.

Porém, o direito internacional já antes teria desenvolvido uma doutrina da legitimidade de ingerência humanitária em casos em que um estado cometesse atrocidades contra os seus próprios súbditos que chocassem a consciência da humanidade⁶⁹⁶ e sugere-se que também existiam, no direito internacional, outras proteções estatais aceites e praticadas que estavam disponíveis para indivíduos e grupos e que estas proteções não eram aberrações mas que estavam difundidas⁶⁹⁷. Ao que se juntaria o facto de não faltarem exemplos de julgamentos, a nível doméstico, por crimes que ofendem a humanidade e a circunstância de o direito internacional conter já proteções de direitos humanos em vários tratados⁶⁹⁸.

Relembra-se aqui que já cedo se teria de interpretar que o direito de punição é inerente à possibilidade de intervenções humanitárias e que por isso talvez já existissem ‘crimes de direito internacional inominados ou sem nome consolidado’. Assim, possivelmente, deve-se defender que a criminalização internacional de algumas condutas – correspondentes aos mais tarde apelidados de ‘crimes contra a humanidade’ – pré-datava as Convenções de Haia⁶⁹⁹.

Juntando-se aos escritores clássicos e ao uso de expressões que denotavam a existência de infrações contra a humanidade durante o século XVIII – enquanto violações mais gerais do direito das nações⁷⁰⁰ – os juristas do século XIX, e do princípio do século XX, não estavam tão deferentes para com a soberania como por vezes se faz crer, afirmando-se mesmo que no fim do século XIX a maioria dos publicistas admitia que existia um direito de intervenção

⁶⁹⁴ WEERAMANTRY, CHRISTOPHER, BERMAN, NATHANIEL, “The Grotius Lecture Series”, *14 American University International Law Review* 1515, 1998-1999, p. 1516.

⁶⁹⁵ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, pp. 51 a 53.

⁶⁹⁶ Neste sentido, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, pp. 147 a 150. O autor faz recuar esta ideia à Idade Média.

⁶⁹⁷ Assim, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 150.

⁶⁹⁸ SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 147 a 150.

⁶⁹⁹ Em sentido próximo, SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins”, p. 156.

⁷⁰⁰ Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 92, n. 24 (“crimes contra a espécie humana”, “inimigos de toda a família humana”, “crimes contra todo o mundo”, “deveres de humanidade criminalmente sancionáveis”).

humanitária⁷⁰¹. Avançava-se que, se um estado tratar os seus próprios súditos, ou uma parte deles, com tamanha crueldade que atordoe a humanidade, *a opinião pública do resto do mundo exigiria* uma intervenção, com a finalidade de obrigar esse estado a estabelecer uma ordem de forma a garantir aos seus cidadãos uma existência mais adequada às ideias de civilização moderna⁷⁰². E que “por mais dignos de respeito que sejam os direitos de soberania e independência dos estados, há algo ainda mais digno de respeito, ou seja, a lei da humanidade ou da *sociedade* humana, que não pode ser violada [pois], do mesmo modo que, *dentro* do estado, a liberdade *individual* é e deve ser restringida pela lei e morais da *sociedade*, a liberdade dos *Estados* tem que ser limitada pela lei da sociedade humana”⁷⁰³. Já, neste momento, pecaria então por defeito o aviso ‘jurisdicionalmente envergonhado’ feito, cerca de meio século depois, pelo procurador inglês em Nuremberga no seu discurso final: “a Carta deste Tribunal incorpora um princípio beneficente – muito mais limitado do que alguns gostariam – e faz um aviso para o futuro – eu digo, e repito outra vez, faz um aviso para o futuro para ditadores e tiranos mascarados de Estado que se, com o objetivo de fortalecerem ou perseguirem os seus crimes contra a comunidade das nações, aviltam a santidade do homem nos seus próprios países, agem por sua conta e risco, pois afrontam o direito internacional da humanidade”⁷⁰⁴.

Com a cláusula, e sua aceitação universal, a situação jurídica parece se ter solidificado e emerge com ela, pelo menos, no âmbito da guerra (também⁷⁰⁵), uma obrigação de carácter costumeiro de respeito pelas leis da humanidade.

E é a esta luz que se deve contextualizar a ideia de que, “*sem definição num texto jurídico*”, o que constituiu novidade em Nuremberga foi a tentativa de responsabilizar criminalmente indivíduos por tais comportamentos apesar de “*não existir codificação de crime em sentido formal*” estando, no entanto, “bem ancorada há muitos anos”, não só a noção de que certas atrocidades – que fossem para além da autoridade soberana do estado – conduziriam a condenação internacional⁷⁰⁶, mas

⁷⁰¹ Cf. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 752.

⁷⁰² Assim, OPPENHEIM, LASSA, *International law, A Treatise*, vol. 1, 1.^a edição, Longmans, Green, and Co., 1905, p. 347. Perspectiva que não parece ter mudado no decorrer da primeira metade do século. Conferir a última edição do *International Law* de Oppenheim: “há um corpo de opinião, e prática substancial, que apoia o ponto de vista de que há limites a tal discricção e que, quando um Estado se torna culpado de crueldades contra os, e perseguição dos, seus nacionais, de forma a negar os seus direitos humanos fundamentais, e a chocar a consciência da humanidade, a intervenção no interesse da humanidade é juridicamente permitida”. *Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersch Lauterpacht (ed.), 8.^a edição, Longmans, Green, and Co., 1955, p. 312.

⁷⁰³ “Lettre de M. Arntz, in Rolin Jacuemyns, Note Sur la Theorie de Droit d’Intervention”, 8 *Revue de Droit International et Législation Comparée* 675, 1876, citada em SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity”, p. 848, n. 290 (itálicos já na citação).

⁷⁰⁴ CLOSING SPEECH, Sir Hartley Shawcross, 26 e 27 de Julho 1946 (disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/07-26-46.asp>).

⁷⁰⁵ Cf. *supra*, Parte I, 11.2.2.

⁷⁰⁶ Esta ideia e noção em SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 53.

também a consciência de que as consequências jurídicas internacionais ‘não formalizadas’ correspondentes existiriam.

4.6.3. A Primeira Guerra e o ultraje provocado pelos crimes contra a população arménia

Se há que assinalar a existência de diversos tratados, com o objetivo de proteger minorias, celebrados no período entre as duas grandes guerras, e que claramente estabeleciam proteções jurídicas para os cidadãos *vis a vis* os seus governos⁷⁰⁷, mais importante aqui é sublinhar que a Primeira Guerra trouxe uma série de pronunciamentos estatais no sentido de que teria sido conduzida pelos impérios do centro, e seus aliados, através de meios bárbaros e ilegítimos em violação das elementares leis da humanidade, de que teriam sido cometidos crimes contra a humanidade e civilização⁷⁰⁸, nomeadamente pelo governo turco contra a população arménia na Turquia, e no sentido de que as pessoas culpadas de tal seriam objeto de persecução criminal⁷⁰⁹.

Os massacres controlados pelo governo turco já vinham a ter lugar desde 1894 com a repressão cruel de uma revolta iniciada por agricultores de montanha arménios mas durante a Primeira Guerra – e depois de organizar o homicídio de 600 intelectuais, médicos, padres e advogados em Constantinopla –, o que marcou o início do “genocídio arménio”, o massacre atingiu o seu auge resultando na morte de, pelo menos, 1,5 milhões de pessoas, 2/3 da população arménia⁷¹⁰.

O Alto-Comissário Britânico sugeriu punir os turcos através da divisão do império e a punição dos oficiais mais elevados de uma forma exemplar e acreditava-se que a persecução se poderia basear no ‘*common law* da guerra’ nos ‘costumes da guerra e *nas regras de direito internacional*’⁷¹¹.

⁷⁰⁷ Assim, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 6.

⁷⁰⁸ Um anterior rascunho da Declaração Conjunta da Rússia, Inglaterra e França falava de novos crimes contra a cristandade e a civilização. SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 30. Não se conseguiu averiguar se, por esta altura, estes três países olhavam para estes crimes contra humanidade, cristandade ou civilização como só perseguíveis por poderes estrangeiros em virtude de uma ligação à guerra que estava a decorrer. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 5, n. 26, informa sobre controvérsia à altura entre juristas, sobre se os crimes em causa eram crimes de guerra, e afirma que o ponto de vista disseminado era o de que em causa estava um assunto interno turco não sujeito a julgamento e punição por estrangeiros.

⁷⁰⁹ Cf., também, SCHWELB, EGON, “Crimes Against Humanity”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008, p. 122 e 123.

⁷¹⁰ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 4.

⁷¹¹ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 4.

Apesar das autoridades turcas terem detido e prendido alguns dos líderes, em resultado da pressão dos Aliados, muitos foram mais tarde libertados devido a manifestações públicas e outras pressões internas⁷¹².

De qualquer forma, foram estabelecidos alguns tribunais marciais extraordinários que julgaram e condenaram oficiais do império otomano, à luz do código criminal otomano, por massacres, deportações e pilhagens com o propósito de destruir e aniquilar os arménios⁷¹³.

O que pode levar ao reforço da afirmação de que a indignação com que muitos estados reagiram é mais um sinal de que estas atividades já eram criminais num plano que não o meramente doméstico. A mensagem dos três governos falava de responsabilidade internacional e era dirigida não só ao estado mas também aos indivíduos enquanto tais⁷¹⁴. O Relatório da Comissão, e apesar da opinião contrária de americanos e japoneses, confirmava a existência de delitos que violavam as leis da humanidade, referindo-se repetidamente às “leis da humanidade”, a “infrações às leis da humanidade”, à “violação das leis da humanidade”⁷¹⁵. O Tratado de Sévres continha como principal inovação infrações que foram consideradas mais tarde como crimes contra a humanidade⁷¹⁶. Em Leipzig o mau tratamento de prisioneiros de guerra foi considerado como um consciente não respeito pelas leis gerais da humanidade⁷¹⁷.

A cláusula, a declaração e o relatório da Comissão levam até os mais desconfiados, relativamente à possibilidade de o direito costumeiro poder fornecer um fundamento positivo e sólido para a responsabilidade criminal⁷¹⁸, a aceitar que os

⁷¹² Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 4.

⁷¹³ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 85.

⁷¹⁴ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 7.

⁷¹⁵ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, *passim*. Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 89 e 92. A Comissão, ‘antecipando’ uma discussão que assumiria grande importância no pós-Segunda Guerra, parece ter encarado a ligação à Primeira Guerra como essencial para uma extensão jurisdicional de um crime pré-existente, de modo a cobrir os crimes em causa, arguindo que a proteção dada à população civil de um estado combatente devia ser estendida à população civil ‘doméstica’ de um estado que está em guerra com outro estado, extensão esta a que se opuseram os EUA (acompanhados pelo Japão), considerando-a expressão de uma doutrina de direito natural que violaria o positivismo jurídico e, por implicação, os princípios de legalidade. Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. xxix. Cf., também, COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, p. 144. Em relação à opinião da Comissão, repare-se que aqui, tal como em muitas outras situações, a análise que melhor serve para o caso específico em exame não invalida outras construções que poderiam ser feitas à altura relativamente a casos concretos diferentes. De qualquer forma, sublinha-se já aqui a ‘postura jurisdicional’ que lhe é apontada.

⁷¹⁶ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 4. O artigo 230 do tratado estabelecia que “o Governo turco se compromete a entregar às Potências Aliadas as pessoas cuja entrega seja exigida por elas como responsáveis pelos *massacres cometidos durante a continuação do estado de guerra* em território que fazia parte do Império Turco em 1 de Agosto de 1914” (itálicos adicionados).

⁷¹⁷ Assim, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 159.

⁷¹⁸ Por exemplo, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 232.

crimes contra a humanidade *já* estavam “infiltrados” no direito costumeiro internacional antes dos julgamentos de Nuremberga⁷¹⁹.

Enfim, se a ideia de possibilidade de intervenção humanitária por ultrajes à humanidade, defendida pelos mais proeminentes autores clássicos, e possibilidade inerente de punir os responsáveis por tal, alguma vez deixaram de ser direito internacional⁷²⁰, então o imediato pós-Primeira Guerra certamente que representou, no mínimo, uma tentativa de as ressuscitar.

Em sentido contrário, e ao que parece assumindo-se que essas possibilidades, num dado momento não identificado, se materializaram em normas internacionais⁷²¹, avança-se que o direito de intervenção humanitária não sobreviveu à era pós-1919⁷²², certamente com fundamento numa qualquer ideia de proibição do uso da força que se solidificou nessa era. Duas notas: por um lado, não parece que os publicistas⁷²³ tenham, de repente, a partir de 1919, deixado de reconhecer a possibilidade em causa, pelo menos em casos extremos, além de que não há razões para crer que um qualquer “exacerbamento da soberania” com efeitos jurídicos relevantes para a possibilidade em análise tenha sido muito maior no imediato pós-guerra do que anteriormente. Por outro lado, e esquecendo os ‘rótulos’, ainda hoje o CS pode autorizar o uso da força para uma intervenção humanitária caso a supressão do ultraje em causa seja necessária para a manutenção da paz e segurança internacionais. Ou seja, em causa não está a existência da possibilidade de intervenção mas tão-só o procedimento através do qual ela pode ser levada à prática. Só uma conceção inadmissivelmente restrita do que é que pode constituir uma ameaça à paz⁷²⁴ poderia levar à conclusão que as situações extremas de atrocidades internas nunca poderiam consubstanciar uma ameaça a ela⁷²⁵. O que se poderá asserir é que a possibilidade em causa passou a não poder ser exercida de forma individual mas só de forma coletiva. Nos dias de hoje, através do CS⁷²⁶. Por outras palavras, ao passo que, numa altura em que não existia um

⁷¹⁹ AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, vol. II, Oxford University Press, 2014, p. 47.

⁷²⁰ O que é quase impossível antes da década de 20 do século XX, pois se se passou a poder fazer guerra livremente então, por maioria de razão, uma guerra por razões humanitárias seria permitida.

⁷²¹ Em sentido aparentemente diverso, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Grotian”, p. 46, afirmava que a doutrina nunca foi completamente reconhecida pelo direito positivo mas que forneceu um “poste de sinalização e aviso”.

⁷²² Assim, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 753, O autor não sustenta a sua proposição, mas possivelmente a justificação relaciona-se com as restrições processuais ao recurso à guerra previstas no Pacto da Liga das Nações. Mas, cf., também, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 757.

⁷²³ Recorde-se que a maioria destes defendia a possibilidade de intervenção humanitária no fim do século XIX.

⁷²⁴ Sobre o conceito “versátil” de ameaça à paz cf. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 760.

⁷²⁵ A propósito de conflitos armados internos, cf. *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 30. Mais em geral, cf. MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, pp. 497 a 526.

⁷²⁶ Assim, a recetividade do CS à “doutrina nascente”, apelidada de “responsabilidade para proteger” (CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 756 e 757), é tão-só o reconhecimento natural dos seus próprios poderes na matéria em relação a uma doutrina que, pelo menos se desta maneira interpretada, não parece trazer nada de novo. De qualquer forma, talvez haja razões para questionar se não há *indicia* de que a autorização do CS pode não ser sempre necessária. GREENWOOD, CHRISTOPHER, “Is there a right of

verdadeiro sistema de segurança coletivo, o direito da “comunidade internacional” – e a possibilidade de punição inerente – poderiam até, ‘à falta de melhor’, ser exercitados por decisão de um só estado – e com todos os riscos inerentes a tal apreciação subjetiva –, já com o estabelecimento de um sistema de segurança coletivo, o exercício em causa passa a ter que ser feito respeitando as regras deste novo sistema. Enfim, seria estranho que a possibilidade de intervenção humanitária em casos extremos, e o direito de punição que se lhe liga, tivessem desaparecido misteriosamente entre 1919 e 1945⁷²⁷. Alguma continuidade, já antiga neste aspeto, talvez deva aqui ser sublinhada⁷²⁸.

4.6.4. A Segunda Guerra e os crimes cometidos contra judeus e outras minorias

4.6.4.1 Os princípios resultantes da cláusula

4.6.4.1.1. A história legislativa da Carta e o nexos – atrocidades sim mas só em guerra

Aceitar-se-ia que a cláusula deve para aqui ser chamada pois não pode haver a menor dúvida de que as infrações previstas sob o título de ‘crimes contra a humanidade’, não seriam apenas moralmente censuráveis, mas mereceriam e deveriam ser punidas, em virtude do seu caráter abominável, com o objetivo de manutenção da convivência pacífica na sociedade humana⁷²⁹.

E assim, em 1944, o representante dos EUA para o comité jurídico da CCGONU abordou a questão da resposta pós-guerra apropriada para as atrocidades que os nazis estavam a cometer contra os judeus e os católicos alemães, insistindo que tais crimes *exigiam a aplicação das leis da humanidade* e que esses crimes cometidos contra apátridas – ou quaisquer outras pessoas – por causa da sua raça ou religião eram *crimes contra a humanidade justificáveis* pelas Nações Unidas, ou pelas suas agências, *enquanto crimes de guerra*⁷³⁰.

humanitarian intervention?”, *The World Today*, vol. 49, n.º 2, 1993; MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, pp. 497 a 526.

⁷²⁷ Repare-se que, se a possibilidade de intervenção humanitária e o direito de punição que lhe está implícito, não tiverem desaparecido (e mesmo que a possibilidade tenha, o direito não tem de, necessariamente, ter tido o mesmo destino), também a punição judicial com pena de morte à luz de um rótulo ‘crimes contra a humanidade’ – por atos contra o próprio povo que justificassem esses possibilidade e direito, e pelas mesmas razões apontadas relativamente à execução sumária de líderes no âmbito do crime de agressão – não violaria o *nullum crimen*.

⁷²⁸ E talvez também não seja desapropriado sublinhar também uma outra continuidade – que resulta dos trabalhos de Grotius e Gentili, os quais não reclamavam ter criado o direito da guerra – entre as normas da guerra medievais e as existentes na nova ordem política de “co-iguais estados independentes”, cf. MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, p. 212 e 213.

⁷²⁹ Assim, TOMUSCHAT, CHRISTIAN, “The Legacy of Nuremberg”, p. 835.

⁷³⁰ Assim, HISTORY OF THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, p. 175.

Já no ano seguinte, a 6 de Junho, existiria jurisdição sobre “atrocidades e crimes, incluindo atrocidades e perseguições por motivos raciais ou religiosos, cometidos desde 1933. Isto é apenas reconhecer os princípios de direito penal tal como eles são geralmente observados em estados civilizados. *Estes princípios foram assimilados enquanto parte do Direito Internacional, pelo menos, desde 1907. A Quarta Convenção de Haia providenciava que os habitantes e beligerantes permanecem sob a proteção e governo dos ‘princípios do direito das gentes, tal como resultam dos usos estabelecidos entre povos civilizados, das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública’*”⁷³¹.

A 14 de Junho, o texto era particularmente sugestivo e compreendidas estavam as “atrocidades e os crimes contra as pessoas ou propriedade que constituam violações do direito internacional, incluindo as leis e os costumes de guerra terrestre e naval [...]. *O direito internacional é tomado como incluindo os tratados entre as nações e os princípios do direito das nações tal como resultam dos usos estabelecidos entre os povos civilizados, das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública*”⁷³².

Segundo uma proposta francesa de 19 de Julho, a jurisdição estabelecia-se sobre os responsáveis por “*violações do direito internacional, das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública* cometidas pelas forças armadas e autoridades civis ao serviço desses poderes inimigos”⁷³³.

Para o que aqui interessa a proposta soviética de 25 de Julho, também com formulação interessante, parece demonstrar ‘algum consenso’ quando à possível relevância da cláusula. “Qualquer pessoa que se prove ter em qualquer capacidade dirigido ou participado na preparação ou na execução de qualquer dos atos acima mencionados será pessoalmente responsabilizada por eles e por toda e cada *violação do direito internacional, das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública* [...]”⁷³⁴.

O autor desta tese não conseguiu descobrir porque é que as leis da humanidade e os ditames da consciência pública não passaram para o texto final da Carta. Avança-se que a razão pela qual a proposta francesa, com “língua ressonante da cláusula”, não foi adotada talvez tenha sido a de que era muito remanescente do que os EUA tinham rejeitado em 1919 e que, portanto, assomaria como algo bastante incongruente⁷³⁵. Mas como resulta das datas das propostas que se citaram, a referência à cláusula parece ter tido origem nos próprios EUA. Sem

⁷³¹ INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Report to the President by Mr. Justice Jackson*, 6 de Junho 1945 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack08.asp>). Itálicos adicionados.

⁷³² INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Revision of American Draft of Proposed Agreement*, 14 de Junho 1945 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack09.asp>). Itálicos adicionados.

⁷³³ INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Draft Article on Definition of “Crimes”, Submitted by French Delegation*, 19 de Julho 1945 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack35.asp>). Itálicos adicionados. Alguns problemas na redação ou tradução desta proposta em GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 83, n. 78.

⁷³⁴ INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Redraft of Definition of “Crimes”, Submitted by Soviet Delegation*, 25 de Julho 1945 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack48.asp>). Itálicos adicionados.

⁷³⁵ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 121.

muita fundamentação para tal poder-se-ia especular sobre se a misteriosa controvérsia sobre o ponto e vírgula⁷³⁶ não terá alguma coisa a ver com isto.

A destacar, para já, é a ‘jurisdição sobre atos *cometidos desde 1933*’ e a referência ao ‘*mero reconhecimento dos princípios do direito penal como assimilados enquanto parte do direito internacional*’.

A ideia – replicada mais tarde, de forma profusa, por procuradores e tribunais em Nuremberga – seria a de que um crime contra a humanidade é uma infração contra *certos princípios gerais de direito* que, em certas circunstâncias, passa a dizer respeito à comunidade internacional, nomeadamente se tiver *repercussões internacionais* ou se *ultrapassar em magnitude e selvajaria quaisquer limites do que seja tolerável pelas civilizações modernas*⁷³⁷, e de que o direito internacional já teria no passado feito “alguma reivindicação de que há um limite à onipotência do estado e de que a pessoa humana não está destituída de proteção da humanidade quando o Estado viola os seus direitos de uma forma que ultraja a consciência da humanidade”⁷³⁸.

Questionando-se ainda, de forma pertinente, como já se avançou, que, se as potências europeias no passado asseriram o direito de proteger cristãos turcos de perseguição cruel⁷³⁹, e sendo a ingerência humanitária uma não novidade em direito internacional, se poderia mesmo dizer que a intervenção por processo judicial seria ilegal⁷⁴⁰.

Contudo, a categoria ‘atrocidades’ foi substancialmente reformulada e, pela primeira vez, apareceu sob a epígrafe de ‘crimes contra a humanidade’⁷⁴¹ e, numa nota acompanhante, explicava-se que a ‘perseguição’ compreendia *agora* atos dirigidos contra judeus e outros dentro da Alemanha, bem como fora dela, que tenham sido

⁷³⁶ Uma vez que não existe transcrição das discussões que levaram à polémica ficará assunto sujeito a especulação. Cf., com discussão sobre o problema, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 121 a 127.

⁷³⁷ Assim, SCHWELB, EGON, “Crimes Against Humanity”, 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”, p. 635.

⁷³⁸ Assim, CLOSING SPEECH, Sir Hartley Shawcross. Cf., também, GOODHART, A. L., “The Legality of the Nuremberg Trials”, p. 636. Para outras referências semelhantes feitas pelos tribunais que atuaram à luz da CC10 cf. SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity” p. 849.

⁷³⁹ As maiores potências europeias há muito que asseriam este direito a intervir nos assuntos turcos de modo a proteger minorias cristãs. Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 30.

⁷⁴⁰ Assim, CLOSING SPEECH, Sir Hartley Shawcross.

⁷⁴¹ INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Revision of Definition of “Crimes”*, Submitted by American Delegation, 31 de Julho 1945 (disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack56.asp>)

realizados tanto antes como durante a guerra⁷⁴², *desde que um nexo com a guerra*⁷⁴³ pudesse ser sustentado.

Ou seja, em causa já (e ainda) não estaria aqui uma qualquer conceção ambiciosa de jurisdição universal no direito penal internacional que “derrubasse” – ou mesmo “substancialmente qualificasse” – o direito tradicional do Estado-nação de exercer soberania nacional sobre os seus assuntos internos, mas uma lógica que resultava, em parte, do facto de o Holocausto nazi estar a ser interpretado estrategicamente pela acusação, e por outros, como parte integrante da agressão criminosa e guerra ilegal contra outros estados⁷⁴⁴. O que teria sido tornado bem claro durante uma reunião de redação legislativa na Conferência de Londres, na qual “se traía o estado débil” do direito internacional prevalente⁷⁴⁵: “teria sido sempre um princípio geral de política externa do governo dos EUA, desde tempos imemoriais, que os assuntos internos de outros governos não são da nossa conta, o que significa que a maneira como a Alemanha, ou qualquer outro país, trata os seus habitantes não é da nossa conta mais do que não é da conta de algum outro governo se interpor nos nossos problemas. A razão pela qual este programa de extermínio dos judeus e destruição dos direitos das minorias se torna uma preocupação internacional é esta: ele é parte de um plano para fazer uma guerra ilegal. A não ser que haja uma conexão com a guerra como base para o alcançar, eu penso que não temos base para lidar com as atrocidades. Elas eram uma parte da preparação da guerra ou da condução da guerra e, na medida em que elas ocorreram dentro da Alemanha, são nossa preocupação”⁷⁴⁶.

Interpretado assim o nexos como o “elemento jurisdicional internacional” indispensável para “transformar” uma série de crimes domésticos numa categoria de crimes internacionais⁷⁴⁷, não seria ainda possível – naquele momento – afirmar com segurança, à luz da cláusula, que esses atos e mesmo atos internos de genocídio – por funcionários do estado contra grupos minoritários – fossem crimes internacionais de seu próprio direito, relativamente aos quais os seus autores fossem criminalmente responsáveis⁷⁴⁸. Prevalecia em geral a presunção de que as

⁷⁴² INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Notes on Proposed Definition of “Crimes”, Submitted by American Delegation*, 31 de Julho 1945, ponto 5. (disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack55.asp>).

⁷⁴³ Misteriosamente, a tal questão do ponto e vírgula, os originais francês e inglês, posteriormente corrigidos, só ligavam o nexos às perseguições e já não aos outros atos inumanos. Cf. SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity”, pp. 801 a 803.

⁷⁴⁴ Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, p. 254.

⁷⁴⁵ Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, p. 254.

⁷⁴⁶ INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Minutes of Conference Session of July 23, 1945* (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack44.asp>).

⁷⁴⁷ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 136.

⁷⁴⁸ Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, p. 257.

prerrogativas de soberania nacional continuavam mesmo que as atrocidades em questão violassem as leis nacionais constitucionais e penais⁷⁴⁹.

Voltando à controvérsia sobre o ponto e vírgula: os originais francês e inglês, mas já não o russo, em 8 de Agosto de 1945, continham um ponto e vírgula. Assim, de acordo com os primeiros o artigo em causa estabeleceria: “Crimes contra a humanidade, nomeadamente, homicídio, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução ou em conexão com qualquer crime sob a jurisdição do Tribunal, em violação ou não do direito nacional do país onde perpetrados”. Esta redação apontava claramente para que os crimes contra a humanidade ‘de homicídio, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil’ poderiam ser cometidos em paz e sem ligação a qualquer dos outros crimes sob a jurisdição do tribunal. Ou seja, os crimes *tão graves* aqui em causa cometidos contra a população civil não necessitariam do nexa, pois atentavam contra as leis da humanidade e ditames da consciência pública. Ora, ao inserirem o nexa com a guerra, os feitores da Carta aperceberam-se de que as leis da humanidade e ditames da consciência pública não ‘casavam muito bem’ com ele e por isso é que a referência à linguagem da cláusula desapareceu. Ao mesmo tempo que se ‘esqueceram’ que, sendo assim, a inserção de um ponto e vírgula não teria sentido. Pura especulação dir-se-ia. Ou talvez não. Atente-se no trecho seguinte⁷⁵⁰: “eu tenho um apontamento a fazer em relação a (b), em parece que nós queremos perseguir por causa de tratamentos raciais ou religiosos somente porque eles estavam conetados com a guerra. Eu sei que foi, com muita clareza, explicado na última sessão pelo Sr. Juiz Jackson que nós, de facto, estamos a perseguir estes crimes por essa razão, mas durante o último século tiveram lugar muitas intervenções por razões humanitárias. Todos os países interferiram nos assuntos de outros países para defender minorias que estavam a ser perseguidas. Talvez seja só uma questão de redação – talvez se pudessemos evitar parecer que estamos a fazer o princípio de que essas intervenções são somente justificadas por causa da conexão com a guerra agressiva, isso não mudaria a nossa intenção, Sr. Juiz Jackson, e não seria tão exclusivo da outra intervenção que teve lugar no século passado”.

De uma perspetiva, parece resultar da história legislativa da disposição que o problema sempre foi mais jurisdicional do que propriamente o da existência de direito substantivo⁷⁵¹. O nexa de guerra exigido pela Carta não parece significar uma restrição geral, ou inerente, ao âmbito dos crimes contra a humanidade à luz do direito

⁷⁴⁹ Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, pp. 257 e 258.

⁷⁵⁰ Palavras do representante francês em 24 de Julho de 1945 citadas em Bassiouni, M. Cherif, *Crimes against Humanity*, p. 124, n. 154.

⁷⁵¹ Lord Millett, Judgment of The House of Lords, *Regina v Bartle*, 24 de Março 1999 (disponível em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/17.html>), afirma que não há razão para supor que a restrição jurisdicional baseada no texto da Carta fosse um requisito substantivo de direito internacional.

internacional pois a jurisdição *ad-hoc* do TMI limitava-se ao justo e rápido julgamento e punição dos maiores *criminosos de guerra* do eixo europeu⁷⁵², podendo-se assim afirmar que o nexa era *peculiar* à Carta⁷⁵³.

Já seria assim regra estabelecida do direito costumeiro internacional que os crimes contra a humanidade – correspondentes ao acima designado por atrocidades – não exigiam uma conexão com a existência de um conflito. Aliás, a ideia de que algo é crime internacional mas que não pode ser perseguido por respeito à soberania, não é ilógica. O crime contra a humanidade seria novo, não no sentido de que esses atos anteriormente não eram criminosos; a *novidade não seria a novidade do crime*, mas a *novidade da competência para o julgar*⁷⁵⁴.

De um outro ponto de vista, os autores da Carta teriam a consciência de que estavam, não somente a estabelecer a jurisdição do tribunal, mas a levar a cabo um exercício legislativo de direito internacional para aplicação geral – ponto de início contestado, mas eventualmente concedido, pelos Soviéticos⁷⁵⁵ – e então estar-se-ia aqui em presença de direito substantivo. Não se vê que, a se seguir este ponto de vista, haja que limitar os crimes contra a humanidade só à conexão com a guerra, pois ao se ‘transformar’ a jurisdição em direito substantivo não há obstáculo de princípio ou jurídico a se sustentar que os crimes contra a humanidade só poderiam ser cometidos ‘por maiores criminosos’, ‘no interesse de países’ ou mesmo, tão-só, no interesse de ‘países do Eixo Europeu’.

Arguir que o nexa não era meramente jurisdicional implicaria quebrar a ligação umbilical destes (ou, pelo menos, de alguns destes) crimes contra a humanidade aos actos ultrajantes que justificariam ingerência humanitária e, possivelmente, aos crimes contra a humanidade referidos na declaração de 1915. Por outro lado, envolveria também um corte com a interpretação que se propôs da cláusula.

⁷⁵² ICTY, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, 10 de Agosto 1995 (*Tadić Jurisdição*), paras. 78 e 79.

⁷⁵³ *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 140. Cf, todavia, CASSESE, ANTONIO, “Balancing the Prosecution”, p. 415. De notar que este autor era o juiz presidente em *Tadić Jurisdição Recurso*. Facto sublinhado por SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 59.

⁷⁵⁴ Assim, RÖLING, BERT, “The Law of War and the National Jurisdiction Since 1945”, *100 Recueil des Cours* 325, 1960, vol. II, pp. 345 e 346.

⁷⁵⁵ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 57, acrescentando que os arquitetos de Nuremberga entenderam isto como um ato de criação, e não de identificação, de um universo pré-existente. Cf., também, Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials : London, 1945, International Conference on Military Trials : London, 1945 Notes on Proposed Definition of "Crimes", Submitted by American Delegation, July 31, 1945, ponto I (disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack55.asp>). Cf., ainda, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 89, n. 19, referindo-se à declaração de Jackson contida neste relatório como uma espécie de interpretação autêntica.

Além de tudo o que já foi dito, há que sublinhar que constante referência ao direito internacional nas propostas citadas não suporta a perspectiva ‘não-jurisdicional’ acerca do nexa. A qual, assim, como já se avançou, não parece ser a melhor forma de olhar para todo o problema.

Seja como for, mesmo assim, a definição da Carta teria representado uma reafirmação, um refinamento e uma codificação de uma das implicações da cláusula⁷⁵⁶.

4.6.1.1.2. O Tribunal Militar Internacional e o nexa

Avança-se que o tribunal ignorou a linguagem da Carta de que os crimes contra a humanidade poderiam ser cometidos ‘antes ou durante a guerra’ e essencialmente fundiu as acusações de crimes de guerra e crimes contra a humanidade⁷⁵⁷.

Talvez o tenha feito, mas o que é facto é que o que o tribunal afirmou foi que *não poderia fazer uma declaração geral* de que os atos antes de 1939 fossem crimes contra a humanidade, *na aceção da Carta*, o que significa que não seriam crimes relativamente aos quais o tribunal tivesse jurisdição pois considerou-se não ter sido satisfatoriamente provado que tenham sido feitos em conexão com qualquer crime da competência do tribunal. Mas não significa que não poderiam ser crimes à luz da cláusula ou segundo os princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas ou crimes sob a jurisdição do tribunal se tivessem sido cometidos em execução com qualquer crime da competência do tribunal⁷⁵⁸.

Ao contrário do que aconteceu em relação ao crime de guerra agressiva, o tribunal não se deu ao trabalho de apresentar uma fonte de direito internacional ao tempo dos factos onde fundar a existência de crimes contra a humanidade⁷⁵⁹.

As razões para tal facto parece que se relacionam com o facto de os arguidos não terem arguido a questão da legalidade relativamente aos crimes contra a humanidade e de as condenações por estes terem tido lugar em conexão com crimes de guerra ou mesmo (no original francês) por atos que também constituiriam crimes de guerra⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, p. 254.

⁷⁵⁷ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 130. Provavelmente era difícil provar a conexão relativamente a ações antes da guerra. Cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 8, marg. 23. Cf., também, CASSESE, ANTONIO, “Crimes Against Humanity”, p. 434.

⁷⁵⁸ Mas cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 125 e 126, com referências à jurisprudência dos TMNs (p. 126, n. 157)

⁷⁵⁹ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 119 a 122.

⁷⁶⁰ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 119-122. Cf., também, CASSESE, ANTONIO, “Crimes Against Humanity”, pp. 434 e 435, anotando que em vários textos o juiz francês defendia que os

E descortina-se na sua abordagem uma atitude muito “cautelosa”⁷⁶¹, “embaraçada”⁷⁶² ou mesmo “cética”⁷⁶³ relativamente à existência no plano internacional destes crimes, afirmando-se mesmo que, a este respeito, uma interpretação rígida do texto da Carta era altamente desejável no estágio de desenvolvimento do direito internacional à altura⁷⁶⁴. Aliás, atitude que se diria consonante com a timidez dos autores da Carta a este respeito⁷⁶⁵.

Tudo o que, no entanto, pode ser levado à conta de considerações jurisdicionais que não necessariamente a uma conceção estrita de crimes contra a humanidade⁷⁶⁶.

Atitude que é ainda caracterizada pelo facto de o tribunal, nas condenações que aplicou apenas por crimes contra a humanidade, não ter especificado a natureza, conteúdo e âmbito da conexão com outros crimes⁷⁶⁷ – tendo-se contentado com uma “ligação ténue” com a guerra – e pela circunstância de que todos aqueles, a quem foram aplicadas penas de morte, terem sido condenados por crimes contra a humanidade⁷⁶⁸, o que revelaria o “verdadeiro sentimento” dos juízes ao aplicarem a punição mais severa somente aos culpados de atrocidades não comuns que atingiriam o nível de crimes contra a humanidade⁷⁶⁹.

4.6.1.1.3. Fora com o nexa

Crimes contra a humanidade. Atrocidades ou infrações, incluindo mas não limitadas a homicídio, extermínio, escravidão, deportação, prisão, tortura, violação ou outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, em violação ou não das leis domésticas do país onde perpetrados (artigo 2 (c) CC10).

crimes contra a humanidade eram simultaneamente crimes de guerra e que, por conseguinte, não existiria violação do *nullum crimen nulla poena*. Cf. VABRES, HENRI, “Le procès de Nuremberg”, pp. 524 a 527.

⁷⁶¹ SCHWELB, EGON, “Crimes Against Humanity”, p. 146 a 153.

⁷⁶² CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 87.

⁷⁶³ SCHWARZENBERGER, GEORG, “The judgment of Nuremberg”, p. 183.

⁷⁶⁴ Assim, BIDDLE, FRANCIS, “The Nuremberg Trial”, p. 211. Em sentido similar, VABRES, HENRI, “The Nuremberg Trial”, p. 241 e 242.

⁷⁶⁵ Cf., também, o comentário a este propósito de VABRES, HENRI, “The Nuremberg Trial”, pp. 237 e 238.

⁷⁶⁶ Neste sentido, MERON, THEODOR, “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, p. 85.

⁷⁶⁷ Cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 88.

⁷⁶⁸ Assim, ARENDT, HANNAH, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Penguin, 1963.

⁷⁶⁹ Assim, SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity”, p. 806.

A definição de crimes contra a humanidade na CC10 – lei de ocupação⁷⁷⁰, legislação multinacional⁷⁷¹, híbrido entre direito internacional e nacional⁷⁷², 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 Alemanha⁷⁷³ e cujas disposições, na medida em que envolvem direito internacional criminal substantivo, são reconhecidas como uma expressão de direito costumeiro⁷⁷⁴ – não insistiu na ligação com a guerra⁷⁷⁵, o que levou a condenações de centenas de oficiais e soldados nazis por crimes contra humanidade cometidos tanto antes como durante a guerra⁷⁷⁶. A informação sobre a história legislativa da CC10 é escassa e a intenção dos seus autores ao eliminar o nexos de guerra não é clara⁷⁷⁷. Os pronunciamentos dos tribunais de ocupação também não clarificam a questão⁷⁷⁸.

Contudo, adianta-se que, enquanto na maioria dos processos subsequentes os tribunais seguiram o TMI – aplicando a CC10 apenas a crimes contra a humanidade cometidos depois do começar da guerra –, já o Tribunal Supremo para a Zona Ocupada Britânica estendeu consistentemente a definição do crime, acompanhando a sua letra, a atos cometidos fora desse contexto, o que seria lógico pois a dimensão criminal internacional dos crimes contra a humanidade não depende da sua comissão em contexto de guerra, mas da *intensidade* da violação dos direitos humanos individuais⁷⁷⁹.

Uma ideia diferente é a de que não tem sentido afirmar que os estados que tanto insistiram na ligação com a guerra quando adotaram a Carta em Agosto de 1945 – e lhe fizeram uma pequena modificação para tornar o ponto claro em Outubro⁷⁸⁰ – tivessem completamente revertido a sua posição em Dezembro, justificando-se esta reversão com

⁷⁷⁰ JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 38.

⁷⁷¹ CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 90.

⁷⁷² BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 114.

⁷⁷³ WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 11, marg. 35; MERON, THEODOR, *The Humanization*, 2000, 263.

⁷⁷⁴ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 63, marg. 177.

⁷⁷⁵ BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 33 e 34 afirma que a remoção se liga ao exercício de “poderes completos” dos Aliados sobre a Alemanha, mas questiona a sua legalidade uma vez que a disposição em causa se aplicava a conduta anterior à sua promulgação.

⁷⁷⁶ RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 50.

⁷⁷⁷ Assim, SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity”, p. 808; RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 54.

⁷⁷⁸ Cf. SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity” pp. 807 a 819.

⁷⁷⁹ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 329 e 330, margs. 872 e 873.

⁷⁸⁰ Quando eliminaram o ponto e vírgula dos originais francês e inglês.

o facto de as quatro potências reconhecerem que estavam a adotar legislação nacional e já não internacional⁷⁸¹.

De uma outra perspetiva relativamente a esta última ideia, a CC10 é um instrumento internacional – subsequentemente transformado em larga medida em direito costumeiro – dos quatro poderes ocupantes e, por isso, a ação dos tribunais que foram estabelecidos ou atuaram à luz dela adquire uma relevância internacional que não pode ser atribuída a tribunais nacionais que se pronunciam meramente à luz do direito nacional⁷⁸².

Por outro lado, poder-se-ia afirmar que a falta de ligação ao conflito armado oferece alguma prova de que os Aliados consideravam o nexó como não necessário à luz do direito costumeiro⁷⁸³.

Os julgamentos dos tribunais militares de Nuremberga (TMNs) tiveram de lidar com a questão da perseguição pré-guerra dos judeus na Alemanha, sustentando-se no caso *Justice* que – e adotando-se o ponto de vista de que o nexó foi deliberadamente omitido⁷⁸⁴ –, apesar de a AG não ser uma legislatura internacional, é o órgão de maior autoridade para a interpretação da opinião pública mundial, constituindo o seu reconhecimento do genocídio como crime internacional prova convincente de tal facto, não sendo injusto julgar pessoas por tais crimes, pois elas sabiam que tais atos eram moralmente censuráveis e puníveis quando praticados⁷⁸⁵.

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948 (Convenção sobre o Genocídio) afirma expressamente que as partes contratantes *confirmam* que o genocídio tanto em tempo de guerra como de paz é um crime internacional, o que envolveria

⁷⁸¹ Neste sentido, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 58. No sentido de que estavam a adotar legislação nacional também BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 126 e 127.

⁷⁸² ICTY, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997 (*Cassese Erdemović*), para. 27. Sobre esta questão cf., por exemplo, *Justice*, onde se anota, por um lado, que a CC10 é um exercício de um poder legislativo ‘supremo’ (*Justice*, p. 965) ou ‘soberano’ na, e para a, Alemanha, pelos países aos quais a Alemanha se rendeu (*Justice*, p. 966) e que, por outro lado, os tribunais de ocupação não são tribunais alemães e que a sua jurisdição se funda em autoridade internacional e que implementam direito internacional como autoridade de nível superior a qualquer lei ou decreto alemão. *Justice*, p. 984. Cf., ainda, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 132 a 136.

⁷⁸³ Assim, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 53.

⁷⁸⁴ Cf. *Justice*, p. 974. Com referências a julgamentos dos TMNs neste e no sentido oposto cf. HERIK, LARISSA, “Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity”, pp. 86 e 87.

⁷⁸⁵ Assim, *Justice*, p. 983.

alguma espécie de reconhecimento e codificação de uma infração pré-existente proveniente da cláusula⁷⁸⁶.

E anota-se que, entre 1945 e 1948, os atos de genocídio em tempo de paz só poderiam ter sido julgados em direito internacional por referência às implicações de uma “interpretação judicial expansiva” da cláusula – ou por referência ao novo delito de crimes contra a humanidade como “substancialmente modificado e estendido” pela cláusula – mas que, nem a jurisprudência do TMI, nem a dos TMNs, deram este passo corajoso de forma clara e expressa⁷⁸⁷. Ou de uma outra forma, existiriam indícios de uma viragem jurisprudencial incremental nesta direção que sugeriria uma “expansão” do direito penal internacional consuetudinário que, no entanto, ficaria aquém de “legislação judicial aberta”⁷⁸⁸. Ou, de forma ainda mais cautelosa, e com referência à eliminação do nexa com o Estatuto de Roma, que o desaparecimento do nexa foi o resultado final de um processo e que não há um ponto específico no tempo que possa ser identificado como o momento em que o nexa desapareceu⁷⁸⁹.

4.6.1.1.4. Crimes contra a humanidade puníveis no momento dos factos

Independentemente das ‘ambíguas vontades’ dos autores da Carta, da ‘hesitação’ do TMI e das ‘duplicidades’ dos TMNs, depois do que já foi avançado na primeira Parte, não surpreenderá que se recorde aqui que, alguns dos factos praticados antes e durante a Segunda Guerra, em conexão, ou não, com ela, já constituíam crimes contra a humanidade puníveis diretamente à luz da cláusula.

De qualquer forma, há que ultrapassar uma última dificuldade.

O que antes, para os EUA, na sua oposição à inclusão da violação das leis da humanidade nos julgamentos pós-Primeira Guerra, era uma preocupação não só com o mandato da Comissão, mas também com uso de tais conceitos indeterminados, principalmente em processos penais⁷⁹⁰, e alicerçada na distinção entre responsabilidades jurídicas e morais⁷⁹¹, passou, na Carta, a ser um desassossego, já não com o conceito de crimes contra a humanidade – inserido na Carta de forma relativamente incontroversa⁷⁹² – mas com o seu ‘desenho’ de forma a não beliscar prerrogativas soberanas.

⁷⁸⁶ Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, p. 262. Neste sentido, também, ICJ, Advisory Opinion, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 28 de Maio 1951, p. 23.

⁷⁸⁷ Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, p. 261.

⁷⁸⁸ Assim, SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause”, p. 261.

⁷⁸⁹ Assim, HERIK, LARISSA, “Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity”, p. 87.

⁷⁹⁰ Na verdade, ao propor a punição por violação das leis da humanidade, a Comissão parece ter excedido o seu mandato que só compreendia punição por violação das leis e costumes de guerra. Cf., também, COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY (ANNEX II – Memorandum of Reservations), pp. 133, 134 e 144.

⁷⁹¹ Cf. também, SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity”, p. 797.

⁷⁹² Assim, SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity”, p. 798.

Para quem a cláusula possa ser fonte direta de criminalização de comportamentos em guerra e em paz – e independentemente da volatilidade de preocupações americanas –, o que é facto é que a posição resultante parece ser de oposição a tal interpretação no contexto dos dois pós-guerras. No entanto, pareceria rebuscada uma possível posição de que essa oposição pudesse ter significado uma mudança do direito aplicável, uma *desuetude* da possibilidade de punição criminal no plano internacional existente, pelo menos, a partir da adoção da cláusula. O direito internacional aplicável teria então permanecido o mesmo, apesar da ‘persistente mas não coerente’ outra interpretação dos EUA. Talvez seja de sublinhar que os estados não têm que em uníssono declarar o direito internacional para que ele exista⁷⁹³. Nem tão-pouco a sua interpretação correta.

Aliás, depois da informação adiantada nos três pontos anteriores, é até possível defender que a interpretação que se adotou em relação à cláusula, não só não é abalada pelas dúvidas que ‘enevoam’ esta temática, como é mesmo, de alguma forma, por elas reforçada. De facto – e se se descontar a posição dos EUA após a Primeira Guerra, a qual possivelmente se poderá interpretar como contestando valor jurídico às leis da humanidade e aos ditames da consciência pública – não parece que, em algum momento, algum estado tenha defendido que elas só tivessem valor jurídico em guerra. O que pode ser interpretado como admissão implícita da existência das ‘*tais coisas básicas, tão existentes em guerra como em paz*’.

Desta perspetiva, tudo estava então em determinar que factos cairiam sob a égide da cláusula.

Certamente abrangido estaria qualquer crime de extermínio de uma determinada raça em guerra ou fora dela. Decerto todos os atos de homicídio cometidos com intuito de destruir a raça judia como parte do plano para exterminar esta parte da humanidade.

⁷⁹³ Mas cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. xxx e xxxi, sublinhando o papel que as realidades políticas e a *realpolitik* têm no desenvolvimento do direito penal internacional e que o realismo político transformou aquilo que poderia ter sido considerado um falhanço, em 1919, num costume emergente cujo momento “tinha chegado” ou, por outras palavras, um costume teria emergido, em 1919, e amadurecido em 1945, tendo, neste momento, os crimes contra a humanidade adquirido o *status* de crime de direito internacional. Assim interpretados, os crimes contra a humanidade seriam de facto *ex post facto*. Confusamente, o autor também avança que o artigo 6 (c) da Carta tem natureza declarativa. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 95. Mas cf., também, a sua reflexão filosófica sobre “premissas não articuladas” cujas “leis da humanidade” provam que existem. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 145 e 146. O autor acrescenta que de modo a não violar os princípios de legalidade o nexó de guerra foi mantido até 1994, altura de promulgação do ETPIR (BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. xxxi) ou como resultado da aceitação deste estatuto pela comunidade internacional (BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. xxxii).

Seguramente, o “crime geral”, apelidado como “solução final” em *Eichmann*⁷⁹⁴. A qual compreendia os atos que constituíam o crime em que o arguido – que conhecia o plano para exterminar os judeus e que prosseguiu este plano através do seu *papel central* como “referente” para os assuntos judeus e com a intenção específica de o prosseguir – tomou parte ativa no seu setor e os atos cometidos pelos seus cúmplices no crime em outros setores da mesma frente⁷⁹⁵.

Mas certamente também outras atrocidades em massa suscetíveis de repercussões internacionais mesmo que sem intenção genocida. De acordo com a CCGONU, em regra, era necessário uma ação sistemática em massa, particularmente em resultado de conduta das autoridades, para transformar um crime comum em crime contra a humanidade, sendo que abrangidos estariam somente crimes que – pela sua magnitude e selvajaria, pelo seu largo número ou pelo facto de um padrão semelhante ter sido aplicado em diferentes momentos e lugares – colocaram em perigo a comunidade internacional ou chocaram a consciência da humanidade⁷⁹⁶. Uma exata delimitação é tarefa complexa e por isso seria aqui exigida uma particular prudência jurisprudencial, não exagerada ao jeito do TMI.

O tribunal, apesar de não ter distinguido claramente entre crimes de guerra e crimes contra a humanidade, condenou só pelos últimos Streicher e Von Schirach.

Apesar de dedicar a maior parte da decisão relativa a Streicher a acentuar o seu papel de propagandista número um da política de exterminação, ele foi condenado, em conexão com crimes de guerra, por ‘perseguição’ com fundamento político e racial, através do incitamento à morte e exterminação dos judeus⁷⁹⁷, com conhecimento de que a exterminação dos judeus estava a ser levada a cabo⁷⁹⁸. Enquanto do original inglês e russo resulta que ele cometeu crimes contra a humanidade, do original francês resulta que a perseguição era um crime de guerra e *também* um crime contra a humanidade⁷⁹⁹.

Von Schirach foi condenado por uso de trabalho forçado em condições deploráveis em Viena e deportação de judeus, afirmando-se que as suas atividades compreendiam todos os elementos dos crimes contra a humanidade previstos na Carta⁸⁰⁰. De facto, e apesar de a decisão

⁷⁹⁴ *Eichmann, passim*.

⁷⁹⁵ Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 82, acrescentando ainda que para o tribunal a completa consciência do âmbito das operações do plano não era necessária e anotando que muitos dos perpetradores principais podem ter somente tido um conhecimento compartimentado.

⁷⁹⁶ Assim, LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. XIII, 1949 (*Law Reports XIII*), p. 136.

⁷⁹⁷ Daí que é insuficiente dizer que o seus crimes eram essencialmente o de ser um propagandista da política Nazi. Mas, cf. SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, pp. 133 e 134.

⁷⁹⁸ Assim, *Göring*, pp. 501 e 502.

⁷⁹⁹ Assim, ACQUAVIVA, GUIDO, “At the Origins of”, pp. 9 e 10.

⁸⁰⁰ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 6.

do tribunal ser breve e pouco clara, a ‘assunção’ é a de que ele sabia da exterminação dos judeus e intencionalmente contribuiu para esse plano de extermínio⁸⁰¹.

Interpretadas neste sentido, pode-se afirmar que as condenações destes arguidos por crimes contra a humanidade, com fundamento direto na cláusula, seriam corretas e que, portanto, não teria tido lugar qualquer violação do *nullum crimen*⁸⁰².

Uma última nota para acentuar que nem a Carta nem a CC10 se referiram a ataques generalizados ou sistemáticos, mas a jurisprudência de Nuremberga sugeriu que o direito internacional exige uma organização governamental sistemática e que tem que ser provado algo mais do que atos isolados, pois estes devem fazer parte de uma política⁸⁰³.

Em *Justice* afirmou-se que os crimes contra a humanidade, tais como definidos na CC10, devem ser interpretados restritivamente para excluir casos isolados de atrocidade ou perseguição cometidos por particulares ou por autoridades governamentais, pois o que se prevê é a punição de crimes cometidos contra cidadãos alemães somente quando existir prova da participação consciente em procedimentos sistemáticos organizados ou aprovados pelo governo⁸⁰⁴ que atinjam o patamar de atrocidades e infrações do tipo das especificadas e cometidas contra populações ou que equivalham a perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos⁸⁰⁵.

4.6.4.2. Os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas e os crimes comuns

4.6.4.2.1. Introdução

⁸⁰¹ Cf. *Göring*, p. 513.

⁸⁰² Mas, cf. JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 50. Já razão poderá ter o autor quando alude a condenações retroativas por crimes contra a humanidade à luz da CC10 em casos de denúncia. O mesmo se poderia dizer da criminalização da qualidade de membro num grupo ou organização declarada criminosa pelo TMI. Cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 136 a 138. Cf., ainda, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 488 a 492. Que pelo menos alguns destes casos envolveram punição por comportamentos que não eram criminais à época segundo o direito alemão e que não poderiam ser considerados, a partir da cláusula, como crimes contra a humanidade, parece seguro.

⁸⁰³ Assim, MERON, THEODOR, “War Crimes Law Comes of Age”, p. 467, n. 25. Cf., também, *Law Reports XIII*, p. 136. Hoje poder-se-á dizer que a noção de que os crimes contra a humanidade sejam cometidos ‘contra uma população’ tem sido interpretada como qualificando a natureza das atrocidades de uma de duas formas: ou em termos da sua escala, nomeadamente se cometidas contra um elevado número de civis; ou em termos do seu método, nomeadamente se cometidas de uma forma planeada, sistemática e desde que dirigidas contra uma população específica e não contra indivíduos ao acaso. Assim, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 60. Segundo WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 341, marg. 899, permaneceu não claro se a existência de uma política específica era apenas uma manifestação típica dos crimes contra a humanidade ou se era um requisito para a afirmação da sua criminalidade. No sentido de que a exigência de uma política estatal reflete a continuidade histórica na evolução desta categoria de crimes desde 1919 cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. xxxii, xxxiii e 25 a 28 criticando a decisão do Tribunal de Recurso em *Kunarac* onde tal exigência foi dispensada.

⁸⁰⁴ *Justice*, pp. 982 e 984. A ideia sublinhada é a de que sem uma componente estatal é difícil distinguir os crimes contra a humanidade genuínos dos atos praticados por homicidas em série, *gangs* de motocicletas e redes de crime organizado. Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 5. Cf., também, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 29 e 30.

⁸⁰⁵ *Justice*, p. 982.

Também se levantam dúvidas sobre se os atos denominados crimes contra a humanidade eram crimes de direito internacional com um outro nome. A ideia é a de que maioria dos crimes contra a humanidade listados no Acordo de Londres eram também crimes de guerra de direito internacional costumeiro e, portanto, não poderiam ser vistos como *ex post facto*⁸⁰⁶. Por outro lado, a acusação tinha avançado a teoria de que os arguidos eram acusados de atos que eram crimes comuns de direito interno dos países onde foram cometidos, violações de princípios gerais de direito e do código penal alemão⁸⁰⁷. Nada de retroativo, portanto.

4.6.4.2.2. Crimes contra a humanidade enquanto crimes domésticos e *lex mitior* relativamente aos crimes comuns

Primeiro há que salientar que se os (porventura novos) crimes contra a humanidade (de direito interno) eram crimes normais de direito interno alemão (homicídio, roubo, rapto, etc.), aos quais se acrescenta um determinado elemento contextual, não parece existir problema algum relacionado com o *nullum crimen* pois – sendo o preenchimento do novo crime ‘mais difícil’ – só se poderia considerar que a punição por um crime contra a humanidade (de direito interno) não existente à data do facto é *uma espécie de lei mais favorável* em comparação com a punição pelo crime doméstico respetivo existente à altura dos factos.

Preenchendo um determinado comportamento os dois crimes, e sendo os dois aplicáveis – sob o ponto de vista do *nullum crimen* – não há problema com a aplicação de uma lei mais exigente. Desde que a aplicação do crime novo não redunde num pioramento da situação do arguido, o *nullum crimen* não se apresenta como obstáculo. Isto só é assim, claro, se a pena a aplicar não puder ser superior à resultante do quadro jurídico existente no momento dos factos.

A única objeção a tal procedimento seria a de um maior efeito estigmatizante da punição por um crime contra a humanidade mesmo tendo em consideração que a pena não seja superior à prevista pela lei aplicável no momento dos factos. Tal consideração

⁸⁰⁶ Assim, MERON, THEODOR, “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, p. 85, dando como exemplo as violações do direito de ocupação beligerante e acrescentando que nos julgamentos de criminosos de guerra ‘menores’ por tribunais de ocupação dos EUA, os crimes de guerra foram com frequência fundidos com os crimes contra a humanidade.

⁸⁰⁷ CLOSING SPEECH, Hartley Shawcross.

não pode, em geral, no entanto, ser suficiente para afirmar que por tal facto há uma violação do *nullum crimen*⁸⁰⁸.

4.6.4.2.3. Crimes contra a humanidade como princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas

4.6.4.2.3.1. Enquanto *lex mitior*

Começa-se por aludir à afirmação de que, para averiguar se uma regra fundamental de justiça pode ser declarada como um princípio de direito internacional, deve ser levado a cabo um exame das leis estatais e, se se verificar ter sido ela aceite, em geral, como uma regra fundamental da justiça pela maioria das nações, então a sua declaração como uma regra de direito internacional parece plenamente justificada⁸⁰⁹.

Deste modo, admitindo que, por exemplo, a proibição do homicídio seria um princípio geral de direito comum às nações a ser declarado pelos tribunais, então a punição por crimes contra a humanidade (de direito internacional) também é *lex mitior* pois exigiria a prova de elementos adicionais. Em *Einsatzgruppen*, o tribunal parece intuir a ideia quando afirmou que o assassinato, tortura, escravidão e crimes semelhantes, que até então só teriam sido proibidos pelas nações respetivas, inserem-se *agora* na família das nações, não se tornando uma assassinato nada menos do que um assassinato, porque dirigido contra uma raça inteira, em vez de contra uma única pessoa⁸¹⁰.

De forma algo diferente, arguia-se também, em *Einsatzgruppen*, que o Conselho de Controle dos Aliados, com a CC10, teria removido o nexo de guerra de modo a que os tribunais de ocupação tivessem competência para julgar todos os crimes contra a humanidade, *desde há muito* conhecidos à luz dos princípios gerais de direito penal⁸¹¹.

O tribunal aludiu, neste caso, à responsabilidade criminal dos soldados alemães, pelo menos desde o Código Militar Prussiano de 1845, pelo cumprimento de ordens ilegais, estando em causa atos que eram crimes previstos na legislação nacional quando cometidos, sendo aceitável puni-los, mais tarde, como crimes internacionais em tribunais internacionais⁸¹². A recaraterização consistiria, assim, em os nomes dos crimes mudarem de homicídio, tortura ou escravidão para crimes contra a humanidade de homicídio, tortura e escravidão⁸¹³.

⁸⁰⁸ Cf. *infra* Parte III, 6.1.2.

⁸⁰⁹ Assim, *Hostages*, p. 1235.

⁸¹⁰ *Einsatzgruppen*, p. 497.

⁸¹¹ Assim, *Einsatzgruppen*, p. 499

⁸¹² Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 40 e 41.

⁸¹³ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 131 e 132.

Repare-se que, segundo o procedimento aqui em causa, o que interessa é a criminalidade e a quantidade de punição que se liga aos atos em causa, e não o nome que se lhes dá. *Deste ponto de vista*, a afirmação de que manifestamente a proscrição de crimes contra a humanidade não era já à data um princípio geral de direito, e muito menos uma norma estabelecida na legislação da maioria dos países do mundo⁸¹⁴, tem que ser entendida *cum grano salis*. A consideração dos *comportamentos em causa* como criminais resultava do facto de a esmagadora maioria dos países do mundo os proscriver, embora não sob o título de crimes contra a humanidade.

4.6.4.2.3.2. O método de dedução em causa

Tendo em conta o estágio de desenvolvimento do direito internacional à altura, esta possibilidade de dedução de princípios gerais de direito – que opera como que ‘uma transformação’ de comportamentos criminais domésticos em comportamentos criminais internacionais – é especialmente conveniente⁸¹⁵. Por um lado, não parece que aqui se esteja perante algo diferente do método normal de dedução de um princípio geral de direito comum. Por outro lado, a aparência é a de que, através deste processo, muitos crimes internacionais resultante de tratados ou do costume internacional poderiam – antes da celebração do tratado ou da cristalização do costume correspondentes – já ser considerados crimes de direito internacional em resultado de princípios gerais de direito comuns. O que é consideração que poderia causar perplexidade. Mas, o mesmo pode acontecer quando se celebra um tratado sobre uma matéria que já era objeto de norma costumeira⁸¹⁶.

Repare-se ainda que quando os Estados aceitam que os princípios gerais de direito comuns são fonte de direito internacional, estão a admitir que o recurso aos tratados e costume não esgota os possíveis fundamentos para a decisão de um determinado caso e que portanto o recurso aos princípios é não só *permitido* mas talvez até *imperativo*.

De qualquer forma, há que ter atenção ao facto de que – seguindo esta proposta – pareceria que o núcleo essencial dos crimes de homicídio, roubo, rapto, dano, etc (ou

⁸¹⁴ Assim, CASSESE, ANTONIO, “Balancing the Prosecution”, p. 415.

⁸¹⁵ Sempre se poderia dizer até que todos os desenvolvimentos antes referidos (cf. *supra* Parte I, 11.2.1) tornam uma acusação à luz de um rótulo ‘crimes contra humanidade’ razoavelmente previsível. Ou talvez ainda melhor, uma acusação por ‘violações contra as leis da humanidade’.

⁸¹⁶ Cf. *supra*, Parte II, 4.5.1.4.2.

seja, o núcleo essencial de todos os crimes comuns a todos os países) poderiam revestir natureza de crimes de direito internacional através deste processo de transposição.

No entanto, para este processo de transposição ser levado a cabo, algum elemento de conexão com a esfera internacional se há de exigir, nomeadamente uma clara conexão dos atos em causa com interesses da comunidade internacional, o que será o caso se esses atos tiverem repercussões internacionais ou se ultrapassarem em magnitude e selvajaria o limite de tolerabilidade da comunidade internacional. A ideia é a de que, quando o abuso de civis ultrapassar um determinado nível, as proteções do direito internacional são ativadas⁸¹⁷. Ou, de outra forma, quando um padrão de violação de *certos* direitos atingir uma certa “massa crítica”, pode ser visto como uma violação do direito costumeiro internacional⁸¹⁸. O ataque aos valores fundamentais da comunidade internacional dá a um crime uma dimensão internacional e transforma-o em crime à luz do direito internacional⁸¹⁹.

Como se afirmou noutro contexto, e de forma algo diferente, o facto de todos os estados punirem o homicídio não implica que este se torne um crime internacional pois, para este efeito se dar, um crime doméstico precisa ser considerado pela comunidade mundial como um ataque aos valores universais – como a paz ou os direitos humanos – ou a valores considerados por ela como sendo de suma importância⁸²⁰, sendo ainda necessário que estados e organizações intergovernamentais – por meio dos seus atos e pronunciamentos – sancionassem esta atitude, expressando claramente a visão de que a comunidade internacional considera o delito em questão como sendo um crime internacional⁸²¹. Apesar de, no momento sobre o qual a análise incide, já terem existido alguns destes pronunciamentos (de certos estados e da Comissão, explicitamente, em relação ao genocídio arménio; implicitamente, no reconhecimento do direito de ingerência humanitária e na cláusula), considera-se que a sua inexistência não é obstáculo decisivo à dedução aqui em causa.

⁸¹⁷ Assim, SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity”, p. 795 a propósito da definição de crimes contra a humanidade no ETPI.

⁸¹⁸ Assim, MERON, THEODOR, “On a Hierarchy of International Human Rights”, *The American Journal of International Law*, vol. 80, n.º 1, 1986, p. 6.

⁸¹⁹ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 34, marg. 99. Os atos individuais ganham um “novo nível de criminalidade” por estarem “*embedded*” no elemento contextual, trazendo à colação a humanidade enquanto tal no sentido de “mínimos *standards* de regras da coexistência humana”. Cf. JESCHECK, H.-H., “Gegenstand und neueste Entwicklung des internationalen Strafrechts”, Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf (eds), *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972, citado em WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 333, marg. 880.

⁸²⁰ Assim, *STL Terrorism*, p. 56, para. 91.

⁸²¹ Assim, *STL Terrorism*, p. 56, para. 91.

Ou seja, o processo de transposição não é automático e os princípios gerais comuns às nações civilizadas sofrem um processo de adaptação para operarem na esfera internacional⁸²².

4.6.4.2.3.3. Obstáculo: isto é legislar e portanto tal aplicação violaria o *nullum crimen*

Poder-se-ia então objetar a este método com a consideração de que os princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas não são resultado de um processo legislativo (de feitura de direito) e assim não estão positivados, permanecendo a sua ligação ao direito natural⁸²³. Ou, estando a sua articulação alicerçada, não meramente em interpretação ou generalização, mas numa abordagem jurídica comparativa⁸²⁴, dir-se-ia que não são automaticamente transferidos do direito nacional para o direito internacional, sendo “modificados para se encaixarem no novo ambiente jurídico”, o que faz com que o princípio “não reflita a norma jurídica que está na sua base” mas seja em si mesmo uma norma⁸²⁵. Um tribunal internacional “escolhe”, “edita” e “adapta” elementos de outros sistemas e o resultado é um corpo de direito internacional cujo conteúdo é influenciado pelo direito doméstico mas que é ainda de sua própria criação⁸²⁶. A ideia poderia ser a de que aqui os tribunais estariam a legislar⁸²⁷.

Sendo estes princípios criados pelos tribunais – está bom de ver que – não existiriam no momento do facto ao qual estão a ser aplicados, devendo assim a sua aplicação estar vedada quando se trata de considerar um determinado comportamento como criminal.

Não se acompanha este ponto de vista, pois o que está em causa – mesmo que se aborde a questão de um ponto de vista mais positivista – é a existência no momento do facto de direito que é comum às nações e do qual já se pudesse deduzir, *no momento do facto*, um princípio de direito internacional que suporta a criminalidade de determinado comportamento. No fundo, os princípios gerais de direito existem no momento do facto,

⁸²² RAIMONDO, FABIÁN, “General Principles of Law, Judicial Creativity and the Development of International Criminal Law”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, p. 47, afirma que esta adaptação pode ser exigida quando o direito nacional e internacional apresentem diferentes abordagens no que diz respeito às fontes, sujeitos e mecanismos de aplicação, caso contrário podem ser aplicados em direito internacional sem adaptação prévia.

⁸²³ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 100.

⁸²⁴ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 15. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 35.

⁸²⁵ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 14, n. 62.

⁸²⁶ Assim, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 35.

⁸²⁷ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 80, n. 332 e p. 82, n. 337.

mas o processo da sua descoberta e dilucidação só se dá depois. Ou seja, o que aqui está em causa é que os estados acordaram que, uma das formas de concluir pela existência de normas internacionais, é a de olhar para os sistemas nacionais no momento dos factos, averiguar quais os princípios comuns e adaptá-los, se esse for o caso, ao contexto internacional. Que esta adaptação seja vista como um procedimento *ex post facto* que deveria ser inadmissível em direito criminal parece um exagero. Aliás não se vê grande diferença entre este processo de determinação de uma norma jurídica aplicável ao caso concreto e o processo de determinação de direito costumeiro aplicável, ou mesmo qualquer processo de determinação de qual a norma jurídica aplicável ao caso. A aplicação de direito é sempre *ex post facto*.

Que a linha divisória entre princípios e costume não seja sempre inteiramente clara, como já referido, é verdade. E que o nível de sobreposição entre as esferas jurídicas nacionais e a internacional (ou por outras palavras, a sua “interpenetração verdadeiramente fisiológica”⁸²⁸) não seja porventura completamente intuído(a) e aceite ainda hoje não obsta à sua existência.

Deste ponto de vista, discorda-se da afirmação de que é difícil que a conduta seja criminalizada na base exclusiva de um princípio geral de direito e que tais princípios servem mais para preencher lacunas na regulação de crimes nos tratados, ou no direito costumeiro, ou na forma como esses crimes são perseguidos e punidos⁸²⁹.

Por outro lado, também por este caminho, a questão de tais crimes terem sido cometidos em conexão ou execução com crimes de guerra, ou crimes contra a paz, seria perspetivada – porventura de forma ainda mais clara – como uma questão de jurisdição e não uma questão de direito substantivo aplicável.

4.6.4.2.3.4. Os crimes contra a humanidade na Alemanha por alemães contra alemães antes da Guerra

4.6.4.2.3.4.1. Não são crimes de direito interno

A aceitarem-se as ideias expostas no ponto anterior, seria particularmente evidente que, muitos dos atos praticados por alemães contra alemães na Alemanha,

⁸²⁸ CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 22. Cf., também, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 57 sublinhando a cada vez maior penetração do direito internacional na esfera doméstica. Mais em geral, sobre a relação entre os sistemas jurídicos internacional e nacional, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 51 a 111.

⁸²⁹ Cf, todavia, CASSESE, ANTONIO, “Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law, The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR”, *4 Journal of International Criminal Justice* 410, 2006, p. 416.

violam o núcleo essencial de muitos crimes de direito interno. A punição por estes atos, sob as vestes de crime internacional, não colocaria problemas de *nullum crimen*.

A ideia que se sublinha, com aparente propriedade, é a de que a circunstância da pessoa poder reconhecer um ato como criminal de acordo com alguma lei que lhe é aplicável no momento do facto é um requisito mínimo do princípio da legalidade⁸³⁰. Ou, de forma mais arrojada, alguém diria que *é o princípio da legalidade*. Derivando-se daqui a ideia de que, assim, a não retroatividade dos crimes contra a humanidade cometidos contra os alemães na Alemanha depende do facto – talvez um acidente histórico – de as definições de homicídio e crimes semelhantes não terem sido excisadas do direito penal alemão pelos nazis⁸³¹.

Sugestivo é o argumento, mas não se o pode acompanhar pois – de uma perspectiva de existência de lei alemã aplicável no momento do facto – convém salientar que, durante os doze anos anteriores à feitura da Carta, os crimes podem ter deixado de o ser, ainda que em cada caso concreto só através da *ominous* mas efetiva ordem do Chefe do Estado⁸³². De uma perspectiva diferente, talvez se possa afirmar que quase tudo – ou mesmo tudo – o que os nazis fizeram, foi executado sob proteção legislativa⁸³³.

Assim, se a abordagem ao *que é o direito aplicável* no momento do facto compreende *todo o direito existente* então – e apesar de o autor desta tese não ser perito em direito alemão – pareceria que a legislação a coberto da qual os nazis atuaram ou a *ominous* ordem do *Führer* – e apesar de elas também poderem ferir o ‘são sentimento do povo’ – funcionariam de modo a excluir a responsabilidade de muitos – ou mesmo de todos – os atos em causa e, portanto, o direito alemão *considerado no seu todo* não estabelecia a punição de muitos homicídios, etc., praticados ao abrigo de tal legislação

⁸³⁰ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 132.

⁸³¹ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 133, referindo-se a RYU, PAUL/ SILVING, HELEN, “International Criminal Law—A Search for Meaning”, *A Treatise on International Criminal Law*, M. Bassiouni & Ved Nanda, (eds.), 1973, pp. 22, e 39 n. 23.

⁸³² Assim, MERKEL, REINHARD, “The law of the Nuremberg Trial”, p. 566. Cf., em sentido possivelmente diferente, *The United States of America vs. Wilhelm von Leeb et al.*, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 27 October 1948, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IX (*High Command*), p. 508. Sobre o *Führerprinzip*, cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’ in International Law*, Oxford, 2012 (re-publicação do original de 1965, com novo prefácio), pp. 140 a 143. Cf., ainda, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 129 que afirma, com algum optimismo dir-se-ia, que os juristas alemães – tendo feito o trabalho de casa – assumiram que todos os que obedeciam ao *Führer* não eram susceptíveis de responsabilidade criminal, a qual só a ele cabia.

⁸³³ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 11. Cf., também, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 129.

ou ordem⁸³⁴. Des modo, nestes casos, em termos de direito interno, mesmo não tendo sido mudada a lei do homicídio, etc., não haveriam *factos criminosos* e, por conseguinte, punir sob as vestes de crime internacional atos que não eram criminais no plano doméstico, com base no argumento de que a definição formal desse crime não tinha sido retirada do código, não é suficiente para a satisfação do *nullum crimen*.

4.6.4.2.3.4.2. Crimes segundo os princípios gerais de direito

Daí que a ‘única via que resta’, e que se aqui adota, é a de considerar que, a circunstância de alguns dos factos em causa terem deixado de ser crimes à luz do direito alemão, não obsta a que eles continuem a ser considerados como crimes de veste internacional deduzidos enquanto princípios gerais de direito comuns do direito comum às nações, pois o facto de um país não aderir a esses princípios não obsta à sua afirmação como tal. Repare-se que a obrigatoriedade de um princípio para um estado, ou indivíduos, que não o seguem, não parece ser diferente da obrigatoriedade de um costume para um estado ou indivíduos que não o seguem. A norma aplicável no momento do facto seria, no seguimento desta lógica, uma norma de direito internacional deduzida dos sistemas domésticos.

Afirmar-se-ia que, caso se a adotasse literalmente, esta proposta significaria que, qualquer desvio de uma nação relativamente ao núcleo de qualquer crime, poderia ser contornado a nível internacional por este processo e que atos que legitimamente se poderiam considerar como lícitos, a nível interno, passariam assim a ser considerados ilícitos, a nível internacional.

Mas a exigência de *conexão internacional* já referida, que anda aliada à *manifesta criminalidade* do ato em causa e à *essencialidade* dos valores violados, mais facilmente identificável com os normalmente designados *delicta malum in se* mas, possivelmente, não exclusivamente identificados com estes⁸³⁵, parece ser suficiente para afastar tais receios.

Dir-se-ia que o recurso aos princípios gerais de direito aqui em causa só poderia ter lugar subsidiariamente, quando o recurso a outras fontes não tivesse produzido resultados⁸³⁶. Mas esta ideia não serve para aqui pois o recurso às outras fontes, à

⁸³⁴ Argumentação parecida foi desenvolvida pela defesa de Jodl. Cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 102 a 104.

⁸³⁵ Cf. *infra* Parte III, 6.2.

⁸³⁶ CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 15. Esta é ideia, em geral, aceite. Cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 56, n. 320. Mas, talvez com

partida, produziu um resultado: não são, segundo essas fontes, criminalizados os comportamentos em causa e daí que possa parecer melhor – mais hoje que ontem e, principalmente, para quem não aceite que as normas internacionais resultam de uma avaliação das fontes no seu conjunto – a consideração de que este processo só deve ter lugar *extraordinariamente*.

4.6.4.2.3.4.3. Pena segundo os princípios gerais de direito

Resta a discussão de qual a pena aplicável. Possivelmente, há que reconhecer que este é o aspeto mais difícil de encaixar os crimes à luz dos princípios gerais de direito no sistema geral da legalidade em direito criminal, sugerindo-se ainda, a respeito dos crimes contra a humanidade, que, se eles ainda forem crimes segundo os princípios gerais de direito, permanecem disponíveis penas perpétuas ou até à morte⁸³⁷. Isso pode ser verdade para os crimes dedutíveis diretamente dos princípios da cláusula, mas já não parece poder valer para os crimes resultantes dos princípios gerais de direito comuns às nações.

Apesar de ser verdade que continua a existir pena aplicável para os vários ‘crimes-tipo’ correspondentes a nível doméstico, e que esta possivelmente deve ser tida em conta, também é verdade que ela não é – em rigor e como se avançou – aplicável, pois aqueles factos não eram criminosos a nível doméstico. Além de que sempre se deve ter em conta a hipótese de os crimes internos terem sido pura e simplesmente eliminados do código, caso em que, possivelmente, a pena anteriormente aplicável a tais crimes deve ser tida em conta.

Mas sendo que o que se está aplicar, na verdade, são princípios de direito internacional deduzidos dos sistemas domésticos, então é aqui que se tem que encontrar a pena. O critério para tal averiguação terá necessariamente que passar pela análise de todas as penas aplicáveis àqueles atos nos sistemas nacionais que serviram de base à dedução do crime.

Não se apresentarão aqui senão algumas ideias ligeiras que serviriam de fundamento a tal processo. A de que a pena aplicável, tal como o crime, será resultado de uma avaliação em conjunto dos sistemas referidos. Não é pelo facto de o direito internacional prever penas até à morte que esta passa também nestes casos a estar disponível. A de que a pena aplicável não será

alguma ‘torção’ a ela, cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 68.

⁸³⁷ No reconhecimento e proposição, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 391 e 392.

a pena mais elevada ou mais leniente prevista na comparação entre os vários sistemas em virtude da aplicação desses mesmos critérios. A de que o resultado a que se chegará não resultará de ponderação matemática. Assim, por exemplo, se uma minoria desses sistemas prever para o crime de homicídio a pena de morte, enquanto a maioria prevê a pena de prisão perpétua, a pena máxima aplicável será a pena de prisão perpétua, mesmo que uma minoria preveja penas mais lenientes de máximo entre 20 e 30 anos, e mesmo que a pena aplicável aos outros homicídios ou a pena anteriormente aplicável aos homicídios no sistema doméstico aplicável ao agente no momento do facto fosse, por exemplo, de 20 anos.

4.6.4.2.3.4.4. Uma solução ‘ainda de direito’ melhor do que uma de ‘não direito’

Uma última ideia deve ser avançada em defesa da posição adotada. Em qualquer período de transição, as soluções jurídicas encontradas para problemas de direito complexos podem não apresentar o ‘desenho jurídico desejável’, mas ainda assim devem ser soluções de direito.

De forma debatível, o critério que aqui se utiliza é o mais adequado para tratar casos em que um estado se subtrai a regras elementares através de uma lei, ou prática, que descriminaliza certos comportamentos atentatórios de *dimensões básicas de civilização*. Eventualmente, não sendo à altura esses comportamentos criminais a nível interno, por vezes será insustentável defender que os responsáveis por tal subversão não devem ser punidos. Particularmente para quem não aceitar a cláusula como fonte direta de criminalização, não parece haver melhor critério do que este para assegurar uma *mínima aderência* aceitável ao *nullum crimen*. Não parece haver melhor maneira de resolver estes casos segundo ‘raciocínios jurídicos’ e não parece que a melhor solução seja advogar o império da força ou a simples impunidade⁸³⁸.

Seja como for, a solução jurídica encontrada parece, pelo menos, mais solução de direito, talvez não elegante e ainda rude⁸³⁹, do que ‘soluções de direito’ baseadas num apelo a um ‘não direito’.

Munidos de um fórmula apelidada em função do seu autor, propondo a noção de que o direito positivo deve ser tido como contrário à justiça, e não deve ser aplicado, nos casos em que a inconsistência entre uma lei e a justiça seja tão intolerável que a primeira tem que ceder perante a segunda⁸⁴⁰, o caminho que, pelo menos alguns, tribunais alemães escolheram – não só

⁸³⁸ Porventura alguns diriam que ‘melhor melhor’ era se admitir que se estaria a aplicar direito de forma retroativa.

⁸³⁹ Cf. LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 68 a um outro propósito, o da aplicação de direito somente pelo poder vitorioso.

⁸⁴⁰ RADBRUCH, GUSTAV, “Five Minutes of Legal Philosophy” (1945), translated by Bonnie Litschewski, Paulson and Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 1, 2006, *passim*. A

para lidar com comportamentos cometidos durante o período nazi, mas também com comportamentos cometidos sob o regime comunista existente na República Democrática Alemã (RDA) até à queda do muro⁸⁴¹ – foi este. Com resultados problemáticos. Se as condenações nos famosos casos relacionados com as fronteiras entre a República Federal Alemã e a RDA – relativamente a homicídios daqueles que não queriam mais do que escapar a um regime opressivo – se podem considerar justificadas relativamente a Krenz, Kessler, Streletz, altas figuras do estado também responsáveis pela montagem do sistema, já a condenação de K., guarda de fronteira, executante, e mais vítima do sistema do que outra coisa, suscita perplexidades dificilmente superáveis⁸⁴². Se é de sublinhar que a possível desobediência deste à ordem para disparar não parece que pudesse acarretar perigo para a sua vida ou integridade física, o que o torna bem diferente de Erdemović⁸⁴³, não estando assim disponível a defesa de coação⁸⁴⁴, e não sendo a questão da legalidade ou ilegalidade da ‘ordem’ tão intrincada como em *Konovov*⁸⁴⁵, parece que um enquadramento destes casos na proposta que aqui se apresenta, nomeadamente através da consideração de existência de princípios de direito comuns de onde resulta a criminalização de tais homicídios, poderia levar a conclusões mais corretas, nomeadamente à da existência de causas da exclusão de responsabilidade de direito internacional (erro de direito ou ordens superiores⁸⁴⁶) para K. e já não para os que montaram o sistema.

4.6.4.3. Um lugar no plano criminal para os princípios do direito das gentes

Os tribunais internacionais que, quase meio século depois, foram criados, também certamente agarrados à ideia de que os princípios seriam apenas fonte subsidiária e guiados por um relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas, preferiram um caminho mais filiado no (‘rótulo’) direito costumeiro para encontrar a norma internacional a aplicar.

Seja qual for o juízo que ainda se fará sobre tal opção, pode-se duvidar da afirmação de que ainda hoje o elemento penal do direito internacional humanitário é rudimentar⁸⁴⁷, mas já tem que se concordar com a asserção de que já, no momento que se acaba de analisar, o seu desenvolvimento era alimentado por ideias amplas como a

definição da fórmula de Radbruch no texto é tirada de CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 22. Segundo Radbruch algumas leis nazis eram não apenas *lex iniusta* mas *lex iniustissima* o que tornava uma aplicação retroativa da lei aceitável. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 72. Cf., ainda ALEXY, ROBERT, “On the Concept and the Nature of Law”, p. 282.

⁸⁴¹ Cf., por exemplo, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 135, 220 e 221, referindo-se a decisões do Supremo Tribunal Alemão da Zona Britânica e os casos dos guardas de fronteira na RDA.

⁸⁴² A um outro propósito, nomeadamente o da punição dos responsáveis políticos e agentes policiais do regime ditatorial em Portugal anterior à revolução de 25 de Abril de 1974, conferir as dúvidas de NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal”, pp. 324 e 325.

⁸⁴³ Cf. *infra* Parte III, 3.

⁸⁴⁴ Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 178.

⁸⁴⁵ Cf. *infra* Parte IV, 2.1.3.10.

⁸⁴⁶ Cf. *infra* Parte IV, 2.1.3.10.

⁸⁴⁷ Mas cf. MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 115.

cláusula Martens⁸⁴⁸, os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, e os princípios gerais de direito penal⁸⁴⁹.

4.7. *Nulla poena em direito internacional*

Quanto a uma possível violação do *nulla poena* acompanha-se, em geral, a ideia que já podia ser encontrada em Grotius⁸⁵⁰ de que a lei das nações prevê a pena de morte em caso de sua violação pelos indivíduos⁸⁵¹. Sustentar que o direito internacional previa a criminalidade da conduta mas não penas para essa conduta, qual crime sem pena, dependente da diligência de cada estado para a adoção da sanção, é afirmação difundida que não se pode acompanhar.

Há precedente antigo para a noção de que o direito internacional tem reconhecido a pena de morte como a máxima punição no caso de crimes de guerra⁸⁵². A morte como pena típica em *ordinances* medievais⁸⁵³, certamente que se pode dizer que, tal como existia um costume de punir crimes de guerra, existia um costume de os poder punir com um conjunto de penas que iam de cartas de repreensão até à morte⁸⁵⁴. O recurso aos princípios gerais de direito comuns às nações certamente que não levaria a resultado diverso.

Por outro lado, cortando-se a ligação com uma máxima punição que poderia ser imposta a um agressor derrotado, e com a possível punição que seria imposta ao Imperador Alemão, até se pode aventar a ideia de que os estados, ao declararem que a agressão é um crime internacional, estavam somente com a criminalização em mente e

⁸⁴⁸ LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 65. Cf., também, MERON, THEODOR, *The Humanization*, 2006, p. 115.

⁸⁴⁹ 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. Contudo, também afirma que os crimes contidos no artigo 6 (c) eram crimes nas leis criminais nacionais dos países mais representativos, refletindo os maiores sistemas de justiça criminal mundial, e que portanto podem ser considerados como fazendo parte dos princípios gerais de direito. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 469.

⁸⁵⁰ Cf. GROTIUS, HUGO, *The Law of War and Peace*, Livro III, Capítulo XI, Secção XVI. Cf., também, GLASER, STEFAN, “The Nuremberg Charter”, p. 57.

⁸⁵¹ Assim, GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, p. 59.

⁸⁵² Assim, 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.

⁸⁵³ Cf. MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, p. 144.

⁸⁵⁴ Assim, PAUST, JORDAN, “Nullum Crimen and Related Claims”, p. 323; GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 128.

não com a sua penalização⁸⁵⁵ mas, como já se deixou transparecer, é com algum desconforto que se perspetiva tal ‘rebuscado jurídico’.

Quanto à violação dos valores fundamentais da comunidade humana protegidos diretamente a partir da cláusula, a prisão e a morte estariam disponíveis. Com muita dificuldade se imagina que alguém defenda que meras multas e compensações esgotariam o leque de punições possíveis. O socorro aos princípios gerais de direito comuns às nações também aqui não levaria a resultado diferente.

Tal como meio século depois o TEDH em *C.R.* mas já não os redatores dos estatutos dos tribunais ad-hoc, já aqui o TMI não teve dificuldade em lidar com uma disposição relativa à punição que se apoiava em princípios gerais e no costume⁸⁵⁶.

Enfim, não parece de defender que as penas aplicadas em Nuremberga e Tóquio vieram de outro lugar que não do direito internacional.

Dizer que existiam penas graves, as mais graves, de direito internacional para os crimes aqui em causa é pouco mais difícil do que dizer que a pena de morte era prescrita para os crimes graves do *common law* no período inicial da Inglaterra moderna⁸⁵⁷.

Enfim, mesmo que a lei não esteja escrita, isto não significa que não tenha surgido num qualquer momento no tempo, explicando-se a existência da norma por valores que evoluem e proibições concomitantes, ambos previsíveis e acessíveis para um infrator potencial, não sendo necessária uma qualquer “moralidade eterna e abstrata” para atingir este resultado⁸⁵⁸. O que, com toda a segurança, vale também para as punições que se ligam à violação desses valores e proibições que lhe correspondem.

5. Conclusão – o que é devido a Nuremberga

Que parece indisputável que o Acordo de Londres que estabeleceu o tribunal de Nuremberga forneceu duas novas categorias de crime, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade, e que o tribunal, atuando à luz da Carta, aplicou direito *ex post*

⁸⁵⁵ Parece que o critério, do representante francês à conferência de Londres, para determinar se um crime seria criado *ex post facto*, seria o da adoção de uma sanção criminal, tendo a sanção para o crime de agressão sido então inventada. Ou seja, até uma sanção ser anexada, “*sine poena legali*”, não há crime. A agressão seria então uma “tentativa de crime”. Quando se diz que um estado que lança uma guerra agressiva comete um crime, não se implicaria que os membros desse estado sejam criminosos. Sobre esta nota de rodapé e a visão do representante francês, cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 82.

⁸⁵⁶ Assim, SCHABAS, WILLIAM, “Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 7, 1997, pp. 474 a 476.

⁸⁵⁷ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 382, referindo-se às penas de direito costumeiro para as “*felonies*”.

⁸⁵⁸ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 44.

facto é afirmação hoje corrente⁸⁵⁹. Depois dos caminhos percorridos nesta Parte não parece que o que é devido a Nuremberga seja adequadamente salvaguardado por um tal olhar⁸⁶⁰.

⁸⁵⁹ CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 30. Cf, também, por exemplo, JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 39. Em sentido contrário, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 88.

⁸⁶⁰ A análise que se empreendeu nesta Parte – e outras que ainda ainda se aprofundarão no decorrer deste trabalho em relação à postura do ‘primeiro tribunal de guerra’ – também não parecem dar aval à afirmação de Cassese (Cf. JUDGES IN CONTEMPORARY DEMOCRACY: AN INTERNATIONAL CONVERSATION, Breyer and Badinter (eds.), NYU Press, 2004, p. 213) de que a decisão do TMI é pobre.

Parte III – O *nullum crimen nulla poena* enquanto direito costumeiro nos tribunais de guerra modernos

1. Introdução

Antes de se dar um salto de meio século, primeiro, até aos modernos TPIs e, depois, até ao juridicamente incrível caso de Kononov, convém descrever o que no entretanto aconteceu ao *nullum crimen nulla poena*.

Impulsionado por Nuremberga, o desenvolvimento dos direitos humanos no pós-Segunda Guerra resultou da perceção pela comunidade internacional de que o tratamento dado aos cidadãos pelos seus governos em tempo de paz devia ser objeto de regulação geral⁸⁶¹.

É curioso que circunstâncias tão diferentes como a revulsão contra a rejeição da legalidade pelos nazis e a sua aplicação problemática em Nuremberga, entre outros fatores que guiaram o movimento internacional dos direitos humanos, tenham levado o princípio a tornar-se um direito humano fundamental⁸⁶².

O princípio foi levado para o panteão dos direitos humanos internacionais por meio de tratados universais (PIDCP) e regionais (CEDH, CADH, CADHP) e declarações não vinculativas de organizações internacionais – desde logo, a DUDH – não se duvidando que hoje é uma regra de direito internacional consuetudinário⁸⁶³.

A formulação constante do artigo 11 (2) DUDH de que ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional, e de que, do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido, é direito costumeiro⁸⁶⁴.

Os estados vincularam-se às regras da legalidade mesmo no que diz respeito a tempos de maior emergência. Especialmente felizes as formulações dos artigos 75 (4) c PA-I e 6 (2) c PA-II. “Ninguém poderá ser acusado ou condenado por ações ou

⁸⁶¹ Assim, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 7.

⁸⁶² Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 156.

⁸⁶³ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, *passim*, com amostra convincente de que este é de facto o caso. Todos os países pertencentes à ONU, exceto dois (Bhutan e Brunei Darussalam), aceitam a não retroatividade de crimes através de constituição, lei, tratado ou alguma forma de combinação entre os três. 162 dos 192 países da ONU têm o *nullum crimen* na constituição. 147 têm o *nulla poena*. A Venezuela permite alterar retroativamente uma pena menor e Israel não considera a atualização de uma pena de multa como uma pena mais severa. Informação em GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 279. Singapura e o Paquistão têm limitações restritas mas significativas ao princípio em relação a certos atos subversivos. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 280.

⁸⁶⁴ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p 352.

omissões *que não constituam ato criminoso* segundo o direito nacional ou internacional aplicável no momento em que foram cometidas. Da mesma maneira, *não poderá ser aplicada qualquer pena mais grave* do que a que seria aplicável no momento em que a infração criminosa foi cometida”⁸⁶⁵.

A criminalização do ato e a pena máxima aplicável não só têm que existir no momento do ato, mas também têm que ter sido aplicáveis ao ator e à ação naquele momento, não podendo um ato constituir um crime ao qual se aplica uma punição exceto de acordo com algum direito nacional ou internacional aplicável ao autor e ao ato ao tempo da sua comissão⁸⁶⁶.

Pode-se olhar para este desenvolvimento da não retroatividade de crimes e penas enquanto direito costumeiro internacional como uma mudança no direito substantivo do direito internacional dos direitos humanos, como uma limitação à jurisdição para definir um crime, como uma limitação à soberania ou como todas as três⁸⁶⁷.

Pela sua universalidade, uma das formulações mais importantes do princípio encontra-se no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no seu Artigo 15.

1. Ninguém será condenado por uma infração criminal em resultado de ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, não constituíam uma infração criminal segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não poderá ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que uma infração criminal foi cometida. Se, posteriormente, a lei determinar a aplicação de um regime mais favorável, o infrator beneficiará consequentemente.

2. O disposto no presente artigo não prejudica o julgamento e a punição de qualquer pessoa por ações ou omissões que, no momento em que foram cometidas, eram criminosas segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade internacional.

Com este pano de fundo, aponta-se que um “olhar moralista e progressista” relativamente ao processo de criação de direito – similar ao dos feitores da Carta – tem desempenhado um papel importante na jurisprudência dos novos TPIs e que, enquanto o arrojado jurídico em Nuremberga foi estabelecido na Carta, e não no julgamento do TMI, o inverso parece ser verdade nos novos tribunais, acenando-se com o risco de que –

⁸⁶⁵ Itálicos adicionados.

⁸⁶⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 352. Para argumento de que o princípio está incluído no Artigo 3 Comum, conferir GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 209 e 211, anotando que nas situações cobertas pelo direito internacional humanitário a ideia de separação de poderes e de governação democrática associadas ao *nullum crimen* podem não se aplicar.

⁸⁶⁷ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 356

mesmo que pequenos – “excessos na criação de direito” venham a ser olhados no futuro como uma grande injustiça⁸⁶⁸.

2. Considerações preliminares

2.1. *Delalić*⁸⁶⁹ – o princípio da legalidade

Na primeira decisão dos TPIs modernos com extensa elaboração sobre o significado do princípio da legalidade e necessidade de o respeitar, o tribunal partiu da afirmação de que o *nullum crimen* e o *nulla poena* são princípios fundamentais nos principais sistemas de justiça e de que outro princípio fundamental é o da proibição de leis penais *ex post facto*, com a regra derivada da não-aplicação retroativa das leis penais e sanções penais, e que associado a estes princípios está a exigência de *especificidade* e a proibição de *ambiguidade* na legislação criminal, avançando ainda que estas considerações são os pilares sólidos em que o princípio da legalidade assenta e que, sem a satisfação destes princípios, *nenhum processo de criminalização* pode ser realizado e reconhecido (para. 402).

No entanto, *não seria certo* até que ponto estes foram admitidos como parte da prática jurídica internacional, independentemente – e para além – da sua existência nos sistemas jurídicos nacionais, o que resultaria essencialmente dos *diferentes métodos de criminalização* da conduta ao nível nacional e internacional (para. 403).

Poderia ser postulado que os princípios da legalidade no direito penal internacional são *diferentes* dos seus respetivos nos sistemas jurídicos nacionais relativamente à sua aplicação e *standards*, desde logo, no que diz respeito ao objetivo óbvio de se manter um *equilíbrio* entre, por um lado, a preservação da *justiça e da lealdade para com o acusado* e, por outro, a *preservação da ordem mundial* (para. 405).

O resultado desta diferença seria bem expressa pelo truísmo bem estabelecido no direito internacional de que, se uma determinada conduta é permitida pelo direito internacional geral ou particular, essa permissibilidade impede que o comportamento seja considerado criminal em direito penal internacional, mas se uma determinada conduta é proibida pelo direito internacional geral ou particular isso não significa que é *ipso iure* criminal (para. 406).

Para colocar *o significado do princípio da legalidade para além de qualquer dúvida*, deveriam ser aceites dois corolários importantes, o de que as leis penais devem ser *interpretadas de forma estrita* e o de que *não podem ter efeito retroativo*, adicionando-se ainda o *dever primordial* do intérprete judicial de ler na linguagem do legislador – honesta e fielmente – o seu sentido simples e racional e promover o seu

⁸⁶⁸ Assim, METTRAUX, GUÉNAËL, “Judicial Inheritance”, pp. 610 e 611, com exemplos de situações em que a natureza “progressista” dos tribunais iria para além da relativa natureza “conservadora” dos seus estatutos.

⁸⁶⁹ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Delalić*, 16 de Novembro 1998 (*Delalić*).

objeto, regra esta fundada no princípio de que *é o legislador e não o tribunal* a definir um crime e a sua punição (para. 408).

Pretendendo o legislador infligir com a lei penal sofrimento ou invadir a liberdade do indivíduo, é de esperar que a *intenção de fazê-lo seja expressa claramente e sem ambiguidades* (para. 409). A regra da interpretação estrita exige que a *linguagem* de uma disposição particular deve ser interpretada para que nela não caia caso algum que não se encaixe no *significado razoável dos seus termos* e no seu espírito e âmbito, aceitando-se que, se o legislador não *usou palavras* suficientemente abrangentes não é o intérprete que tem poder para as estender (para. 410). Uma construção rigorosa exige que uma infração seja concebida em conformidade com a lei que a cria somente quando todos os *ingredientes essenciais*, tal como prescrito pela lei, tenham sido preenchidos (para. 411). Logo a seguir, aparentemente num sentido de alguma forma diferente, o tribunal sustenta que tem sido sempre prática dos tribunais não preencher lacunas na legislação quando estas se podem dizer ter sido deliberadas, mas que – quando a omissão seja accidental – seria normal *fornecer as palavras que faltam* para dar à legislação o significado pretendido (para. 412). Concluindo que o efeito de uma interpretação rigorosa das disposições de uma lei penal é o de que, quando uma *palavra equívoca ou frase ambígua* deixa uma dúvida razoável sobre o seu significado que os cânones de interpretação não conseguem resolver, *o benefício da dúvida é dado ao indivíduo, contra o legislador que não conseguiu explicar-se* (para. 413).

Concentrando-se na consideração de que a jurisdição do tribunal é constituída por disposições de direito internacional, afirma a possibilidade de recurso às *diversas fontes de direito internacional* referidas no artigo 38 do Estatuto do TIJ, ou seja, convenções internacionais, costume, princípios gerais de direito, bem como fontes subsidiárias, tais como decisões judiciais e escritos de juristas (para. 414).

No que diz respeito ao conteúdo do direito internacional humanitário a ser aplicado pelo tribunal, o SG salientou que – ao atribuir ao tribunal a tarefa de julgar as pessoas responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário – o CS *não está a criar ou a pretender legislar* tal direito, tendo o tribunal que aplicar o *direito internacional humanitário existente* (para. 415) e que a aplicação do *nullum crimen* exige que o tribunal aplique as regras do direito humanitário internacional que fazem, *para além de qualquer dúvida*, parte do direito costumeiro (para. 415). O tribunal aludiu ainda a que o Secretário-Geral *especificou* o direito costumeiro aplicável como sendo: as Convenções de Genebra; a Convenção de Haia IV e os Regulamentos anexos; a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio; e a Carta do TMI (para. 416), concluindo que a implicação destas explicações é que o CS, não sendo um

corpo legislativo, *não pode criar crimes* e, portanto, o tribunal exerce as suas competências relativamente a infrações já reconhecidas no direito internacional humanitário (para. 417).

2.2. Apreciação

Poder-se-ia sustentar que a ‘extensa elaboração’ aqui em causa contrasta com a referência menos intensa ao problema por parte do principal julgamento de Nuremberga, o que espelharia a evolução do *nullum crimen* a nível internacional de então para cá. A norma “fina” em possível existência já em Nuremberga, seria hoje mais “espessa”⁸⁷⁰. De qualquer forma não tão cheia quanto o aglomerado de ideias e conceitos utilizados⁸⁷¹ faz presumir. Algo mais simples, tal como o que se exige é que a criminalidade da conduta e a punição máxima a ela aplicável devem estar estabelecidos de forma clara antes do seu cometimento, com certeza seria mais adequado.

Seja como for, muito mais à frente na decisão – e aparentemente não se apercebendo da indissociável ligação entre o *nullum crimen* e o *nulla poena* – afirmou que o *nullum crimen* é um conceito que se baseia na existência de direito aplicável⁸⁷² e que o facto de a nova punição máxima exceder o máximo anterior não ofende o princípio⁸⁷³, o que pode ser razão para avançar que perspetivou *todo o problema* de forma enganada.

Várias observações.

O tribunal ressalta a dicotomia internacional justiça/preservação ordem mundial *versus* dicotomia nacional justiça/persecução arbitrária pelo estado. Mas a nível nacional também há que contar, especialmente em casos de convulsão social maior, com a preservação da ordem nacional.

O resultado daquela outra diferença exposta pelo tribunal também não é peculiar à ordem internacional, pois a nível interno também nem tudo o que é ilegal é criminal.

Neste contexto, de comparação do *nullum crimen* internacional com o nacional, é também, por um lado, de salientar a referência correta do tribunal às fontes de direito internacional previstas no ETIJ, que não só à lei. Por outro lado, a insistência nas

⁸⁷⁰ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 72.

⁸⁷¹ ‘*Nullum crimen* e *nulla poena*’, ‘*ex post facto*’, ‘especificidade’, ‘ambiguidade’/‘clareza’, ‘interpretação estrita’, ‘irretroatividade’, ‘intenção manifesta’, ‘significado razoável’, ‘suficiente abrangência’, ‘ingredientes essenciais’, ‘dúvida razoável’, ‘benefício da dúvida’, ‘para além de qualquer dúvida’.

⁸⁷² *Delalić*, para. 1210.

⁸⁷³ *Delalić*, para. 1212.

‘palavras’ utilizadas pelo legislador – a qual casa mal com as fontes primárias lá previstas com exceção dos tratados – é mais uma razão que leva a questionar se o tribunal se dá ou não conta do que verdadeiramente está em causa.

Deve-se ainda relativizar a suposta exigência derivada do *nullum crimen* da existência de regras que façam parte do direito costumeiro “para além de qualquer dúvida”⁸⁷⁴ à luz de um excesso de linguagem escusado – mas natural neste assunto –, a qual seguida estritamente poderia colocar os juízes numa posição impossível, uma vez que se poderia afirmar que direito costumeiro para além de qualquer dúvida dificilmente existe⁸⁷⁵. Como se verá, os tribunais, mais pragmaticamente, ‘amolecem’ a exigência e focaram-se mais na criminalidade da conduta do que na existência de regra criminal específica: *era ou não caso de dúvida, era ou não claro que o facto era criminal* no momento dos factos.

Em *Hadžihasanović*, o Tribunal de Julgamento “compreendeu o *nullum crimen sine lege*, um elemento constitutivo do princípio da legalidade, como dizendo respeito à criminalidade factual de uma *conduta* particular [...]. A ênfase na conduta, em vez de na descrição específica da conduta no direito criminal substantivo, é de relevância primária”, acrescentando que “se a conduta era punível como ato ou omissão, ou se poderia conduzir a responsabilidade criminal, disciplinar ou outras sanções não é importante”⁸⁷⁶.

De forma mais acertada, o Tribunal de Recurso avançou que “quanto à previsibilidade, a conduta em questão é a conduta concreta do acusado; ele deve ser capaz de perceber que a conduta é criminoso, no sentido geralmente entendido, sem referência a qualquer disposição específica”⁸⁷⁷.

Interessante também o pronunciamento em *Vasiljević*. “Uma vez que se determine que um determinado ato ou conjunto de atos é, de facto, criminal à luz do direito costumeiro internacional, o Tribunal de Julgamento deve assegurar-se de que este crime pelo qual o arguido é acusado estava definido com clareza suficiente à luz do direito costumeiro internacional, para que a sua natureza geral, o seu carácter criminoso e a sua gravidade aproximada terem sido suficientemente previsíveis e acessíveis”⁸⁷⁸.

⁸⁷⁴ REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL PURSUANT TO SECURITY COUNCIL PARAGRAPH 2 OF RESOLUTION 808, para. 34.

⁸⁷⁵ Assim, FAN, MARY, “Custom, General Principles and the Great Architect Cassese”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, p. 1068.

⁸⁷⁶ ICTY, Decision on Joint Challenge to Jurisdiction, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 12 de Novembro 2002 (*Hadžihasanović Jurisdição*), para. 62.

⁸⁷⁷ ICTY, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 16 de Julho 2003 (*Hadžihasanović Jurisdição Recurso*), para. 34 (itálicos adicionados).

⁸⁷⁸ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Vasiljević*, 29 de Novembro 2002 (*Vasiljević*), para. 201 (itálicos adicionados). Acrescentando, no mesmo parágrafo, que “ao fazer essa avaliação, o Tribunal de Julgamento leva em conta a especificidade do direito internacional, em particular do direito costumeiro

Afirma-se que, às vezes, os juízes sugerem que estão a aplicar direito costumeiro, mas mais parece que estão a usar o direito costumeiro para interpretar o âmbito das disposições do Estatuto⁸⁷⁹. Factual ou não, esta ‘postura judicial’ não é legítima. Os juízes não podem virar-se para o costume apenas quando existem lacunas ou ambiguidades no seu estatuto⁸⁸⁰, pois é essencial que se fundamentem no direito internacional existente no momento dos factos para a apreciação sobre a criminalidade de uma determinada conduta. A intenção não é a de que o Estatuto do Tribunal Penal para a Antiga Jugoslávia (Estatuto) seja um código meticuloso que fornece soluções explícitas para qualquer cenário, mas tão-somente que seja um documento que traça em termos gerais o quadro jurisdicional em que o tribunal é mandatado operar⁸⁸¹.

O SG também não deveria ter *especificado*⁸⁸² o direito costumeiro aplicável, identificando-o com alguns tratados, pois aquele não se confunde, como evidente, com estes. Os tribunais, corretamente, deram tão-só o *devido* relevo a esta especificação.

Enfim, o poder de designar as normas substantivas aplicáveis não depende da aceitação de uma competência para promulgar, constituindo-o, o direito substantivo aplicável⁸⁸³. Contudo, a ideia de que o CS não pode adotar legislação que preveja crimes não existentes no momento dos factos a que vão ser aplicados é errada, aliás como parece ter sido admitido pelo próprio SG.

A propósito do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (ETPIR) afirmou que “o CS optou aqui por uma abordagem mais ampla para a escolha da lei aplicável do que a da subjacente ao ETPIAJ, incluindo na jurisdição do tribunal instrumentos internacionais, *independentemente* de eles serem considerados parte do direito internacional consuetudinário ou

internacional. A exigência de *clareza suficiente* da definição de uma infração penal é de facto parte do requisito *nullum crimen sine lege* e deve ser avaliada nesse contexto” (itálicos adicionados). Os resultados a que o tribunal chegou *in casu* é que já não serão tão interessantes. Cf. CASSESE, ANTONIO, “Black Letter Lawyering v. Constructive Interpretation The Vasiljević Case”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004.

⁸⁷⁹ Postura identificada em SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 142, que afirma que, na verdade, estão a usar o direito costumeiro com esse fim. Cf., também, SCHABAS, WILLIAM, *The UN International Criminal Tribunals*, pp. 66 e 67.

⁸⁸⁰ Mas, cf. HERIK, LARISSA, “Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity”, p. 98.

⁸⁸¹ Assim, ICTY, Decision on Dragoljub Ojdanić’s Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, *Prosecutor v. Milutinović*, 21 de Maio 2003 (*Milutinović Jurisdição Recurso*), para. 18.

⁸⁸² As palavras utilizadas pelo SG são as de que “a parte do Direito internacional humanitário convencional que se tornou parte do direito costumeiro internacional para além de qualquer dúvida é o direito aplicável ao conflito armado tal como corporizado [...]”. Cf. REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL PURSUANT TO SECURITY COUNCIL PARAGRAPH 2 OF RESOLUTION 808, para. 35.

⁸⁸³ Assim, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso português*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 184.

de se eles implicariam a responsabilidade criminal individual costumeira do autor do crime, *criminalizando-se pela primeira vez o Artigo 3 Comum às quatro Convenções de Genebra*⁸⁸⁴.

Hoje, aceita-se que o papel legislativo do CS se estende além do caso concreto e é mesmo possível afirmar que – embora se possa debater se tal prática legislativa é adequada – se admite, em geral, que o CS tem a capacidade de estabelecer normas de caráter geral quando age para manter a paz e a segurança internacionais⁸⁸⁵. Isto é apoiado pela prática dos estados, a qual mostra pouca resistência a essa função legislativa, bem como textos de académicos, agora menos na defensiva relativamente a essa atuação do CS na qualidade de legislador⁸⁸⁶. Na verdade, a questão parece ter-se deslocado, do saber se o CS pode legislar, para a averiguação da forma como poderá fazê-lo e quais os efeitos disso sobre outras formas de feitura de legislação no plano internacional⁸⁸⁷. Pareceria sadia a aceitação de que em combinação com o artigo 25 da Carta das Nações Unidas (Carta ONU) – que obriga os Estados-Membros das Nações Unidas a aplicar as decisões do CS – o artigo 103 da Carta ONU confere ao CS a capacidade de alterar instantaneamente a paisagem jurídica internacional⁸⁸⁸.

No entanto, no que ao direito costumeiro diz respeito, esta capacidade tem que ser entendida como uma possibilidade. De facto, não há nenhum órgão com competência para declarar que novo direito costumeiro passou a existir – e essa “competência é partilhada por vários mecanismos” – e daí que o CS pode atuar na base de que a lei mudou, mas isto não significa que foi ele que a mudou⁸⁸⁹.

Abordado o problema desta forma, sendo verdade que as “resoluções legislativas” exigem que os estados respondam a um “fenómeno geral” (por exemplo, financiamento do terrorismo, transporte de armas nucleares) e não a uma “situação específica”, envolvendo um país ou uma região⁸⁹⁰ – o que pode estar em desacordo com a conceção original do CS como uma força para a manutenção da paz e não como órgão competente para a alteração da ordem mundial⁸⁹¹ –, tudo passa por saber em que medida a alteração da ordem mundial é ou não necessária para a manutenção da paz.

Talvez se possa dizer que – apesar de legislar normas gerais e abstratas para manter a paz e a segurança internacionais – o CS não cria novo direito costumeiro, mas

⁸⁸⁴ REPORT OF THE SECRETARY GENERAL PURSUANT TO PARAGRAPH 5 OF THE SECURITY COUNCIL 955, 13 de Fevereiro 1995, UN Doc. S/1995/134, paras. 11 e 12 (itálicos adicionados).

⁸⁸⁵ Cf. WOUTERS, JAN/ODERMATT, JED, “Quis Custodiet Consilium Securitatis? Reflections on the Lawmaking Powers of the Security Council”, 1 de Janeiro 2013 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=2286208>), p. 5. Cf., também, sobre a postura, em geral, do CS relativamente aos seus poderes para criar direito criminal, GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, pp. 127 a 131.

⁸⁸⁶ Assim, WOUTERS, JAN/ODERMATT, JED, “Quis Custodiet Consilium Securitatis?”, p. 5.

⁸⁸⁷ Assim, WOUTERS, JAN/ODERMATT, JED, “Quis Custodiet Consilium Securitatis?”, p. 5.

⁸⁸⁸ ASSIM, WOUTERS, JAN/ODERMATT, JED, “Quis Custodiet Consilium Securitatis?”, p. 7, citando RATNER, STEVEN, “The Security Council and International Law”, David Malone (ed.), *The UN Security Council: from the Cold War to the 21st Century*, Boulder, Lynne Rienner, 2004, p. 592.

⁸⁸⁹ Assim, SHAHABUDDEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, p. 64

⁸⁹⁰ CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 452.

⁸⁹¹ Assim, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 452.

que, as normas que adota, podem resultar numa mudança do direito costumeiro aplicável, dependendo da reação da comunidade internacional.

Em suma, mesmo que o poder de legislar estendido do CS possa preocupar – em especial a “falta de limites jurídicos” para a sua ação – não se deve interpretar a carta de forma a encontrar limites para essa ação que ela não prevê⁸⁹². E a carta não prevê, nem a impossibilidade de adotar legislação⁸⁹³, nem a impossibilidade de lhe dar efeito retroativo⁸⁹⁴. A obrigação de a cumprir estende-se a todos os estados⁸⁹⁵.

Mas que, neste contexto, o CS não adotou direito a aplicar para o passado – limitando-se a seleccionar parte do direito internacional vigente e a indicá-la, para concreta aplicação, ao tribunal *ad hoc*⁸⁹⁶ – é correto⁸⁹⁷. Numa cisão da autoridade prescritiva, enquanto o direito costumeiro é definido pela comunidade internacional como um todo⁸⁹⁸, a ONU – através do CS – exerceu certos poderes correspondentes a uma função legislativa (ao criar o tribunal, ao definir os pressupostos fácticos da sua jurisdição e ao designar as normas aplicáveis), mas não exerceu poderes típicos da jurisdição prescritiva, porque não decidiu sobre a natureza criminal de certos factos⁸⁹⁹.

Que além do processo de criação de direito costumeiro, também a designação da jurisdição e a proibição de a exceder, possam ser vistas como desempenhando algo análogo a nível internacional à função de preservação da separação de poderes que o

⁸⁹² Assim, WOUTERS, JAN/ODERMATT, JED, “Quis Custodiet Consilium Securitatis?”, p. 6.

⁸⁹³ À questão “tem o Conselho de Segurança competência para prescrever direito penal internacional através da definição de crimes que não existem no direito costumeiro internacional, se a proscrição dos crimes não costumeiros for um passo para a restauração e manutenção da paz e da segurança internacional numa situação específica?”, GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, p. 162, responde que há alguma prova ambígua na prática corrente, e prova mais forte em teoria, de que a resposta é afirmativa. Cf., também, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Tadić*, 15 de Julho 1999 (*Tadić Julgamento Recurso*), para. 296.

⁸⁹⁴ Mas cf. GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, p. 163, que sustenta que “qualquer acusação por crimes não-costumeiros na sequência de uma remissão do Conselho de Segurança deve, no entanto, respeitar as regras *nullum crimen*/não-retroatividade do ETPI e o direito costumeiro internacional. Ou seja, não se pode perseguir crimes não-costumeiros (pelo menos, quando não haja tratado ou direito nacional aplicável que forneça uma autoridade prescritiva alternativa), a menos que esses crimes ocorram após o momento da remissão”. Mesmo que o *nullum crimen* fosse *jus cogens* esta visão não pareceria correta. Cf. *infra* Parte V, 2.2. De notar, no entanto, que a análise de GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, pp. 159 a 165, foca-se no problema no âmbito do ETPI, não sendo aqui o lugar indicado para eventualmente a refutar também neste contexto.

⁸⁹⁵ Cf. *infra* Parte V, 2.2.4.2.

⁸⁹⁶ Assim, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 186.

⁸⁹⁷ Cf., também, SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, p. 66.

⁸⁹⁸ Cf., também, GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, p. 120.

⁸⁹⁹ Assim, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 187. Apesar de a quase universalidade de participação na ONU poder fazer olhar para os dois grupos como praticamente idênticos, neste caso a ONU age através do CS, que representa um grupo muito menor de estados do que a comunidade internacional como um todo. Assim, GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, p. 120.

princípio da legalidade desempenha a nível nacional⁹⁰⁰ é consideração que tem algo de verdadeiro. Mas que é melhor perspectivado fora do âmbito do *nullum crimen*.

Por último refira-se, no âmbito destas considerações preliminares, que o assunto da legalidade foi tratado pelo TPIAJ, tanto como problema jurisdicional, como enquanto assunto de direito substantivo, tendo pelo menos uma vez isso acontecido no mesmo caso, em que se tratou a matéria da retroatividade de uma definição criminal como um assunto de jurisdição, enquanto a matéria da retroatividade de um tipo de responsabilidade criminal (a empresa criminal conjunta (ECC)) como um assunto de direito substantivo⁹⁰¹. A ideia acentuada em *Milutinović* é a de que o âmbito da jurisdição do tribunal *ratione materiae* é determinado tanto pelo Estatuto como pelo direito costumeiro⁹⁰², o que abrange tanto as definições do crime como os modos de responsabilidade.

Talvez se possa comentar que o princípio da legalidade tem a ver com a jurisdição porque diz respeito à injustiça decorrente da definição retroativa de crimes e penas (jurisdição prescritiva) e aplicação retroativa dessas regras (jurisdição adjudicativa e de aplicação) e que esta é a resposta para aqueles que arguem que os assuntos de retroatividade têm sido considerados separadamente dos assuntos rotulados como ‘jurisdicionais’⁹⁰³.

3. *Erdemović* e as causas de exclusão da responsabilidade (defesas)

Drazen Erdemović, 23 anos, participou, em Julho de 1995, enquanto parte de um pelotão de fuzilamento, no tiroteio e morte de centenas de homens muçulmanos bósnios desarmados de Srebrenica, uma cidade situada no leste da Bósnia e Herzegovina. Pessoalmente, matou cerca de 70 pessoas⁹⁰⁴.

Tanto quanto resulta claro do material analisado, o caso é simples. Erdemović entregou-se às autoridades e contou o *seu* facto. Soldado que era, foi conduzido para um determinado local onde lhe foi revelado que deveria fuzilar seres humanos. Recusou-se a fazê-lo. Perante a recusa foi-lhe apresentada alternativa: juntar-se às pessoas em causa e ser fuzilado com elas. O *seu* facto é o de que, e não há que enganar quanto ao seu facto, *não havia outra hipótese*, ou os matava ou morria junto com eles. O facto de Erdemović é o facto de que o tribunal dispunha e nada mais de relevo para o que aqui

⁹⁰⁰ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 26.

⁹⁰¹ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 312 referindo-se a *Milutinović Jurisdição Recurso*, para. 10.

⁹⁰² *Milutinović Jurisdição Recurso*, paras. 9 e 16.

⁹⁰³ GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 404. Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 55, marg. 150, afirmando que a normas jurisdicionais dos ETPIAJ, ETPIR e ETPI são corretamente vistas como definindo crimes pois, ao se estabelecer bases jurisdicionais, está-se a presumir a criminalidade substancial da conduta descrita.

⁹⁰⁴ http://www.icty.org/x/cases/Erdemović/cis/en/cis_Erdemović_en.pdf.

interessa⁹⁰⁵. E com base neste facto condenou-o, primeiro, a 10 anos, por último, a 5. Em termos de *nullum crimen*, a primeira decisão de condenação dos TPIs modernos – com a missão de dar vida a um corpo de direito internacional largamente dormente durante a grande parte de meio século⁹⁰⁶ – com dificuldade podia ter sido pior. A opinião da maioria no Tribunal de Recurso é exposta essencialmente na opinião de dois dos juízes que a perfizeram.

3.1. Vorah e Mcdonald⁹⁰⁷ (Li) – coação não é defesa para o homicídio de inocentes

À pergunta sobre se a coação é uma defesa para o homicídio de pessoas de inocentes, consideraram que *não existia direito costumeiro* (para. 55).

Quanto às posições dos principais sistemas jurídicos do mundo, estas seriam divergentes e, *perante este impasse*, o caminho seria abordar o problema tendo em conta o *contexto específico* em que o tribunal foi fundado, os *tipos de crimes* sobre os quais assere jurisdição e o facto do seu *mandato estar relacionado com violações sérias do direito internacional humanitário* (para. 72).

Numa passagem reveladora, sustentam que os factos deste *caso particular* envolveram o massacre *a sangue-frio* de mil e duzentos homens e rapazes por soldados com armas automáticas e que se deve ter em mente que, na esfera do direito internacional humanitário, um dos principais objetivos é a proteção dos fracos e vulneráveis (para. 75).

Num passo notável, adotam o lugar do legislador, um legislador em todo o caso especial, um inglês.

Aludem a que as preocupações com os danos que possam surgir como resultado de se admitir a coação como defesa para o homicídio foram *suficientes para convencer a maioria da House of Lords* e o *Privy Council* a negar categoricamente tal defesa em contexto nacional e perguntam-se se seriam aquelas preocupações *agora insuficientes* para rejeitar semelhante defesa completa, em aplicação de leis destinadas a ter em conta preocupações humanitárias na arena da guerra brutal, a punir os autores de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra e a impedir a prática no futuro de tais crimes (para. 75).

⁹⁰⁵ O facto de o procurador ter procedido a diligências que corroboram que Erdemović procedeu ao fuzilamento não é importante para a questão que aqui será tratada.

⁹⁰⁶ Assim, DARCY, SHANE/ POWDERLY, JOE, “Introduction, The International, Judicial Creativity”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, pp. 12 e 13.

⁹⁰⁷ ICTY, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge Mcdonald and Judge Vohrah, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997.

Aparentemente completamente inconscientes de que estão a *legislar um suposto direito britânico para o mundo*, insistem que se o *direito nacional* nega reconhecimento da coação como defesa no que diz respeito à morte de pessoas inocentes, o *direito penal internacional não pode estabelecer algo de menos* (para. 75)⁹⁰⁸.

Certamente imbuídos de um espírito de missão, tal como seria mandatado pela Resolução do CS que estabeleceu o tribunal, para parar e prevenir, efetivamente, as violações generalizadas e flagrantes do direito internacional humanitário que *estavam a ocorrer* no território da Antiga Jugoslávia e contribuir assim para a restauração e manutenção da paz (para. 75), e imersos no “*espírito do direito internacional humanitário*”, negam a disponibilidade da coação enquanto defesa no caso e “*avisam em termos não incertos*” que aqueles que matam inocentes não poderão tirar vantagem daquela defesa e assim *fugir à responsabilidade* pelos seus atos criminais (para. 80), cumprindo assim o seu mandato de que a proteção da humanidade não seja de forma alguma minada (para. 88).

3.2. Cassese⁹⁰⁹ (Stephen) – pode ser

O juiz Cassese começou por apontar que – depois de determinar que nenhuma norma internacional específica sobre a questão existe – a maioria deveria ter tirado a única conclusão imposta *pela lei e pela lógica*.

Ou seja, que a regra geral da coação se deveria aplicar se os requisitos necessários se verificassem pois, pela lógica, se nenhuma exceção a uma regra geral for comprovada, a regra geral prevalece e, da mesma forma, em direito, se se procura por uma norma especial que regule um aspeto específico da questão, e se chega à conclusão que essa norma não existe, a única inferência seria a de que o aspeto específico é regulado pela norma que rege o assunto em geral (para. 11)⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ O juiz Li, juntando-se aos anteriores, e perfazendo a maioria neste assunto, sublinhou uma ideia similar. Anotando a divergência entre a *Commonwealth* Britânica e alguns sistemas de direito continental, por um lado, e os outros sistemas de direito continental, por outro, considerou que o tribunal *só poderia optar pela solução que melhor protegesse as pessoas inocentes*. Assim, ICTY, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997 (*Li Erdemović*), para. 8.

⁹⁰⁹ *Cassese Erdemović*.

⁹¹⁰ Similarmente, e baseando-se numa análise muito mais convincente da doutrina e jurisprudência de *common law* do que a análise de Vorah e McDonald, o juiz Stephen considera que – apesar da exceção do *common law* à disponibilidade da defesa de coação, em casos de homicídio em que a *opção é verdadeiramente entre uma vida e outra* – a defesa pode ser adotada como direito internacional, derivada dos princípios gerais de direito dos maiores sistemas jurídicos, pelo menos quando essa exceção não se aplica. Cf. ICTY, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997 (*Stephen*), para. 66

O juiz Cassese considera que, em vez de concluir pela aplicabilidade da defesa, a maioria embarcou numa investigação detalhada sobre “considerações políticas práticas”, o que seria um exame extrâneo à tarefa do tribunal e violaria o *nullum crimen* (para. 12).

No que diz respeito àquela regra geral e ao requisito da proporcionalidade que lhe está ligada, junta a sua própria pergunta, extrânea também dir-se-ia.

Avança que talvez – e apesar de ser um assunto para um juiz decidir – aquele requisito nunca será preenchido quando um acusado salva a sua própria vida em detrimento da vida da vítima, pois há enormes, talvez insuperáveis, dificuldades filosóficas, morais e jurídicas em balançar uma vida contra outra desta forma, questionando-se ainda sobre como pode um juiz determinar que a morte de uma pessoa é um mal menor que a morte de outra (para. 42)⁹¹¹.

Por outro lado, quando não é um caso de uma escolha direta entre a vida da pessoa que age sob coação e a vida da vítima, em situações, por outras palavras, em que há uma alta probabilidade de a pessoa sob coação não ser capaz – o que quer que faça – de salvar a vida das vítimas, então a coação poderá ter sucesso enquanto defesa (para. 42), considerando que o direito é fundado no que a sociedade pode razoavelmente esperar dos seus membros, que não se deve exigir que os homens preformem atos de martírio e que não se deve considerar como criminosos aqueles que não atinjam esses *standards* (para. 47).

Concluindo que se o direito penal internacional fosse mesmo ambíguo na questão, ou existisse uma lacuna, então dever-se-ia recorrer, em último recurso, à lei do arguido, o que também seria suportado pelo *in dubio pro accusato* (para. 49).

3.3. Apreciação

Que a defesa⁹¹² em causa poderia estar disponível, à luz do direito internacional, era óbvio pelo simples apelo à autoridade do TMI.

Aqui considerou-se, recorde-se, que a disposição do artigo 8 da Carta – onde se estabelecia que “[o] facto de o acusado ter agido em conformidade com o despacho do seu

⁹¹¹Sem especular, o juiz Stephen considera, mais sobriamente, que esta questão é um assunto para um outro dia e outro caso. *Stephen*, para. 64

⁹¹²O direito internacional, apesar de tentativas de alguns académicos nesse sentido, não conhece a diferenciação típica do direito continental entre justificações e desculpas. Cf. DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 280, n. 1815; WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 172, marg. 450.

Governo ou de um superior não o isenta de responsabilidade mas pode ser considerado para redução da pena” – está em conformidade com o direito de todas as nações e que o verdadeiro teste, encontrado em vários graus no direito penal da maioria dos países, *não é a existência de uma ordem, mas se uma escolha moral era de facto possível*⁹¹³.

“Combinando” as abordagens da Carta e do julgamento do TMI⁹¹⁴, o princípio IV de Nuremberga estabelece que “o facto de uma pessoa ter agido de acordo com a ordem do seu governo ou de um superior não o desresponsabiliza à luz do direito internacional, *desde que uma escolha moral fosse de facto possível para ela*”⁹¹⁵.

Para uma escolha moral poder ser feita, não é só o conhecimento das circunstâncias relevantes que conta, mas também a ausência de pressão externa que permita um juízo e decisão ainda livre sobre a atuação. Por outras palavras, ainda há que ver no sujeito uma capacidade de determinação livre da própria vontade, podendo o *facto de Erdemović* corresponder ou não a esta situação. Ou ainda por outras palavras, há que averiguar se a escolha que lhe era apresentada foi moralmente nulificada pelos perigos iminentes⁹¹⁶, ou seja, a ausência de escolha moral significaria que o acusado cometeu um ato apenas em resultado de uma perceção de que um falha em o fazer traria morte ou dano físico grave para si ou para pessoa que lhe é próxima⁹¹⁷.

Chame-se-lhe o que se quiser (‘ordens súbitas e inesperadas’⁹¹⁸, ‘coação em virtude de ordens’, ‘coação’, ‘falta de possibilidade de escolha moral’⁹¹⁹, ‘estado de necessidade’, ‘desordem mental’) estava disponível no direito costumeiro uma defesa – com rótulo definido ou não definido pouco releva – para situações deste tipo. Daí que tudo estava em averiguar se, no facto concreto, Erdemović *tinha ainda essa capacidade de determinação ou não*, não sendo decisivo se as pessoas morriam na mesma ou não, a não ser na estrita medida em que isso influenciou aquela capacidade. E daí que se fosse

⁹¹³ Göring, p. 224. No original francês, “liberdade moral” ou “faculdade de escolher”.

⁹¹⁴ DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 304.

⁹¹⁵ Princípio IV dos *Princípios de Nuremberga*.

⁹¹⁶ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. xxvii.

⁹¹⁷ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, pp. 282 a 284, acrescentando, em flagrante contradição, que a defesa não pode ser avançada se o crime de guerra cometido for um homicídio. Cf., ainda, as considerações ‘emotivas’ do autor em DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. xxvii e xxviii.

⁹¹⁸ Cf., sobre este termo, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, p. 233. O conceito é utilizado a propósito de ordens de tipo diferente, aquelas ordens súbitas e inesperadas dadas em batalha e em relação às quais o soldado é treinado para responder automaticamente.

⁹¹⁹ REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL PURSUANT TO SECURITY COUNCIL PARAGRAPH 2 OF RESOLUTION 808, para. 57. Cf., também, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Blaskić*, 3 de Março 2000, para. 769, onde se aventa a possibilidade de exclusão da responsabilidade por coação.

correto que não tinha gozado de qualquer escolha moral⁹²⁰, Erdemović não poderia ser responsabilizado. Não se acompanha, *neste sentido*, a posição dos juízes que, em vez de *aplicarem o direito costumeiro existente*, resolveram ou embarcar numa procura por princípios comuns aos sistemas jurídicos mundiais⁹²¹ ou especular sobre a proporcionalidade e utilidade. Por muito que a preocupação com os mais vulneráveis seja marca do direito da guerra, não parece correto sustentar que Erdemović tinha o dever jurídico de se resignar a morrer. Reconhecendo-se a tensão entre o ideal romântico e a dura realidade⁹²², não há espaço no direito criminal para o primeiro; perspetivando-se a possibilidade de a recusa de uma pessoa em participar num massacre coletivo inspirar os outros a resistirem a ordens para matar, caso em que o “argumento absolutista” de que nunca é permitido matar ou torturar – independentemente do benefício que se possa gerar – se fundiria com o “argumento utilitário”, os prospeitos de isso poder ter tido lugar aqui é utopia⁹²³.

Os tribunais americanos que julgaram casos relativos a outros criminosos maiores de guerra à luz da CC10 não difeririam, de um ponto de vista jurídico estrito, dos outros tribunais de guerra que apreciaram casos na Europa e na Ásia no pós-Segunda Guerra mas, provavelmente, como a lei que aplicaram era fundamentalmente igual à da Carta, foi dada uma importância histórica tal a estes processos subsequentes que a jurisprudência por eles gerada é, em geral, considerada como parte da substância do direito penal internacional⁹²⁴. O facto de a CC10 ter sido promulgada pelas quatro potências ocupantes, a relevância dos processos em causa e a aceitação generalizada e não contestada da jurisprudência criada não se compatibiliza bem com a afirmação de que é incerto o nível da sua importância para o direito penal internacional contemporâneo⁹²⁵.

⁹²⁰ MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 224, interpreta a decisão do juiz Cassese no sentido de que Erdemović não a tinha.

⁹²¹ Repare-se que caso concluíssem pela existência de uma defesa baseada nos princípios gerais de direito comuns, poder-se-ia afirmar que a norma que aplicariam ao caso concreto era estabelecida pelo costume (na parte da proibição) e pelos princípios gerais (na parte da exclusão da responsabilidade por ter violado a proibição).

⁹²² MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 131, a um outro propósito.

⁹²³ Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 169.

⁹²⁴ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, pp. 11 e 12. À luz desta lei, 177 arguidos foram julgados que – apesar de terem menor proeminência em comparação com os líderes nazis julgados pelo TMI – eram também líderes do governo, forças armadas e economia nazi e desempenharam papéis centrais nos crimes perpetrados pelo regime nazi. MERON, THEODOR, *The Making*, p. 85.

⁹²⁵ Mas. cf. POWDERLY, JOSEPH, “Judicial Interpretation”, p. 30 e BANTEKAS, ILIAS, “Reflections”, p. 132. Cf., ainda, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 488, afirmando que a CC10 e os julgamentos à luz dela não constituem precedente internacional válido, exceto no que diz respeito à afirmação de certos princípios gerais, o que significa que os princípios de responsabilidade criminal participatórios que estes julgamentos enunciaram não têm validade substancial para o direito penal internacional.

Em *High Command*, talvez a definição mais concreta de coação/necessidade tenha sido sugerida: para estabelecer esta defesa têm que existir *circunstâncias tais que um homem razoável aperceberia o perigo físico de tal forma iminente* cuja consequência seria *privá-lo da sua liberdade para escolher o correto e abster-se do errado*⁹²⁶.

Em *The IG Farben*, foi declarado que a defesa existe se apresentar características tais que prive a pessoa de uma escolha moral relativamente ao rumo a tomar, o que significa que a defesa não está disponível, ou quando a pessoa foi ela própria responsável pela existência ou pela execução de uma tal ordem ou decreto, ou quando a sua participação tenha ido para além dos requisitos destes ou tenha sido o resultado da iniciativa da própria da pessoa⁹²⁷.

Em *Krupp*, os arguidos arguíram como defesa o estado de necessidade e o tribunal tomou como certa a disponibilidade de tal defesa em caso de participação num crime sob a ameaça imediata e presente de morte ou lesão corporal grave⁹²⁸.

Em *Ohlendorf*, considerou-se que, se alguém alega coação na execução de uma ordem ilegal, deve ser demonstrado que o dano causado pela obediência à ordem ilegal não é desproporcionalmente superior ao prejuízo que resultaria da não obediência à ordem ilegal, não sendo uma desculpa adequada, por exemplo, se um subordinado – sob ordens – matou uma pessoa sabida como inocente, se por não obedecer ele corresse o risco de ser submetido a alguns dias de reclusão⁹²⁹. E ainda se afirmou que não há nenhuma lei que exija que um homem inocente deva perder a sua vida ou sofrer danos graves, a fim de evitar cometer um crime que ele condena⁹³⁰. Enfim, que “nenhum tribunal punirá um homem que, com uma pistola apontada à sua cabeça, se vê obrigado a puxar a alavanca letal. Nem é necessário que o perigo iminente seja tão iminente a fim de ele escapar punição”⁹³¹.

Por outro lado, parece que – seguindo à letra a visão das coisas da maioria – até os judeus em campos de concentração que foram compelidos a operar os crematórios não poderiam alegar coação⁹³². Não se conhecem casos de pessoas condenadas por operar estes sob ameaça de morte.

Se, mesmo perante todos estes antecedentes importantes, ainda se insistisse que o direito costumeiro não dava uma resposta clara à questão sobre a existência da defesa em causa, poder-se-ia também defender que o tribunal devia – por respeito ao *nullum crimen* – presumir a existência da defesa pois, ao dever aplicar direito costumeiro “para além de qualquer dúvida” (*rectius*: claro) em benefício do arguido, isso deve abranger a

⁹²⁶ *High Command*, p. 509. Cf., também AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 348.

⁹²⁷ *The United States of America vs. Carl Krauch et al.*, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 30 July 1948, Judgment of 30 July 1948, in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, Vol. VIII (*The IG Farben*), p. 1179.

⁹²⁸ *Krupp*, 1437

⁹²⁹ *Einsatzgruppen*, p. 471

⁹³⁰ *Einsatzgruppen*, p. 480. Criticismo a este *dictum* em DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. xxvii, 79 e 80.

⁹³¹ *Einsatzgruppen*, p. 480.

⁹³² Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 169.

aplicação de uma defesa cuja não existência não o é “para além de qualquer dúvida”⁹³³. Convém salientar – o que é asserção normalmente veiculada, e a acompanhar – que o *nullum crimen* não se aplica somente à específica infração que cobre uma certa conduta, mas também às condições gerais de responsabilidade, incluindo causas de exclusão da responsabilidade⁹³⁴. De facto, não se pode, simplesmente, dizer que as determinações relativas à culpabilidade não têm a ver com o que se criminaliza, pois, normalmente, os crimes são definidos em termos de níveis de culpabilidade exatamente porque *é o praticar o ato culposamente* que o torna criminoso (ou criminoso a um determinado nível)⁹³⁵.

De qualquer forma, para quem aceite que o juiz se deve guiar para a busca da norma internacional aplicável, o recurso aos princípios gerais de direito – pelo menos no caso em que o costume não dê resposta clara – é de sufragar. Neste contexto, possivelmente correta é a posição do juiz Stephen de que uma defesa poderia ser derivada dos princípios gerais de direito para o caso específico. A ideia, também subscrita pelo *common law*, é a de que, não mudando a conduta o fado das vítimas, a defesa poderia ser concedida, pois não há necessidade de punir um comportamento de um arguido que não é nem moralmente repreensível nem injurioso para a sociedade e que foi o produto de uma verdadeira e irresistível coação⁹³⁶.

Mas se se considerasse que o direito costumeiro não resolvia a questão de se a coação está disponível enquanto defesa e o exame dos sistemas jurídicos nacionais revelasse que o direito civil e o *common law* tinham abordagens diferentes, então é correto que tal impasse claro nas fontes de direito dava ao tribunal uma “oportunidade arquetípica” de aplicar o princípio *in dubio pro reo* e adotar a interpretação mais favorável ao acusado⁹³⁷.

Em vez disso, no entanto, a maioria optou por preencher a lacuna raciocinando teleologicamente e utilitariamente, considerando que o objetivo adotado de travar crimes era um tal que só as medidas mais duras o conseguiria satisfazer e – focando-se

⁹³³ Talvez seja esta a ideia presente em ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature*, p. 80. A ideia que a autora avança é a de que não é claro porque é que os juízes decidiram levar a cabo uma análise pragmática das leis nacionais em vez de usarem a metodologia do direito costumeiro, ou seja, olhar para a prática (para a qual as leis nacionais contribuem) e *opinio iuris*. Cf. ARAJÄRVI, NOORA, *The Changing Nature*, p. 82.

⁹³⁴ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 90, no contexto do artigo 22 (1) do ETPI.

⁹³⁵ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 39.

⁹³⁶ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 354.

⁹³⁷ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law* 21, 2008, p. 945.

na necessidade de enviar uma mensagem clara – negligenciou a questão de se os princípios do sistema permitiriam que se usasse Erdemović para a enviar, centrando-se não no que Erdemović fez, mas sim no que os outros poderiam fazer no futuro⁹³⁸. Através deste processo de raciocínio transformou um sistema que afirma que só trata “dos piores entre os piores”, “das pessoas mais responsáveis” num direito penal que apenas podia ser obedecido por indivíduos excepcionais⁹³⁹.

Como afirmado pelo Instituto Americano de Direito a lei é ineficaz no “sentido mais profundo”, “na verdade, hipócrita”, se impõe ao ator que tem a infelicidade de enfrentar uma escolha dilemática, um padrão que os seus juizes não estão preparados para afirmar que deveriam e poderiam cumprir, estando uma condenação em tal caso destinada a ser uma ameaça ineficaz, mas o que é, no entanto, mais importante, é que seria divorciada de qualquer base moral e seria injusta, não devendo o heroísmo ser o *standard* da legalidade⁹⁴⁰.

Apoiada num direito penal que é difícil de justificar⁹⁴¹, e guiada por um senso de futuro e por um mundo que os juizes sentiram a responsabilidade de ajudar a realizar⁹⁴², o que a decisão da maioria dá azo é à afirmação que Tadić, Erdemović e Jelisić “eram indivíduos perversos, fanáticos, de nenhuma consequência, o tipo de bandidos e arruaceiros que se podem encontrar a vagabundear em estações ferroviárias ou esquinas de ruas em bairros não recomendáveis”⁹⁴³.

Qual *estigma* provavelmente injusto para o qual cabe aqui alertar⁹⁴⁴.

4. Se é crime em conflito internacional também o é em conflito interno

4.1. Tadić – Crimes de guerra em conflitos internos

4.1.1. Normas do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia⁹⁴⁵

Artigo 1 – Competência do tribunal internacional

O tribunal internacional terá competência para julgar as pessoas suspeitas de serem *responsáveis por violações sérias* ao direito internacional humanitário cometidas no território da Antiga Jugoslávia desde 1991, em conformidade com as disposições contidas no presente Estatuto.

⁹³⁸ Assim, FICHELBERG A., “Liberal Values in International Criminal Law: A Critique of Erdemović”, 6 *Journal of International Criminal Justice* 3, 2008, p. 6.

⁹³⁹ Assim, TALLGREN, IMMI, “The Sensibility and Sense of International Criminal Law”, 13 *European Journal of International Law*, 2002, p. 573.

⁹⁴⁰ Afirmação referida em AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 361. Cf., também, SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, p. 209, acrescentando que a mitigação da pena não remove o estigma de, para sempre, se ser rotulado como um assassino.

⁹⁴¹ Assim, TALLGREN, IMMI, “The Sensibility and Sense of International Criminal Law”, p. 573.

⁹⁴² Assim, FICHELBERG A., “Liberal Values in International Criminal Law: A Critique of Erdemović”, p. 6.

⁹⁴³ SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 129.

⁹⁴⁴ Cf. *infra* Parte III, 6.1.2.3.

⁹⁴⁵ Itálicos nas normas adicionados.

Artigo 2 – Violações graves às Convenções de Genebra de 1949

O tribunal internacional terá competência para proceder contra as pessoas que cometerem ou derem ordens para cometer *violações graves* às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, *nomeadamente* os seguintes atos, dirigidos contra as pessoas ou os bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente: a) O homicídio voluntário; b) A tortura ou os tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; c) O facto de causar intencionalmente grande sofrimento ou graves danos à integridade física ou à saúde; d) A destruição ou a apropriação de bens não justificadas por quaisquer necessidades militares ou executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária; e) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou um civil a servir nas forças armadas da potência inimiga; f) O ato de privar um prisioneiro de guerra ou um civil do seu direito a ser julgado de forma normal e imparcial; g) A expulsão ou a transferência ilegal de um civil ou a sua prisão ilegal; h) A tomada de civis como reféns.

Artigo 3 – Violações das leis ou dos costumes da guerra

O tribunal internacional terá competência para julgar as pessoas que violarem as *leis ou os costumes da guerra*. Tais violações *incluem, mas não se limitam* a: a) Emprego de armas tóxicas ou outras concebidas com o objetivo de causar sofrimentos inúteis; b) Destruição sem motivo de cidades, vilas e povoações ou devastação não justificadas pelas exigências militares; c) Ataque ou bombardeamento, por qualquer meio, de cidades, vilas, habitações ou construções não defendidas; d) Confisco, destruição ou danificação deliberada de edifícios consagrados ao culto, à beneficência e ao ensino, às artes e às ciências, monumentos históricos, obras de arte e de carácter científico; e) Pilhagem de bens públicos ou privados.

Artigo 5 – Crimes contra a humanidade

O tribunal internacional terá competência para proceder contra as pessoas suspeitas de serem responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos durante um *conflito armado de carácter internacional ou nacional*, e dirigidos contra a população civil, qualquer que ela seja: a) Assassínio; b) Extermínio; c) Redução à condição de escravo; d) Expulsão; e) Prisão; f) Tortura; g) Violação; h) Perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos; i) Outros atos desumanos.

4.1.2. Introdução

A acusação continha uma lista de crimes – que compreendia atos de violação, homicídio, tortura e tratamento cruel – supostamente cometidos na região de Prijedor na Bósnia-Herzegovina entre 25 de Maio de 1992 e o início de Agosto do mesmo ano, muitos dos quais alegadamente num acampamento em Omarska, onde um grande número de bósnios muçulmanos e croatas foram detidos pelas forças sérvias⁹⁴⁶.

Em relação a cada um dos alegados incidentes, o arguido foi acusado nos termos dos artigos 2, 3 e 5 do Estatuto. Assim, relativamente aos homicídios de Ekrem Karabasić, Ismet Karabasić, Seido Karabasić e Redo Forić, foi acusado por uma violação grave segundo os artigos 2 (a) (homicídio intencional) e 7 (1) do Estatuto, por uma violação das leis ou costumes de guerra reconhecida pelos artigos 3 e 7 (1) do Estatuto e artigo 3 (1) (a) (homicídio) das

⁹⁴⁶ Cf. GREENWOOD, CHRISTOPHER, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, 7 *European Journal of International Justice*, 1996, pp. 265 e 266.

Convenções de Genebra; e crimes contra a humanidade reconhecidos pelos artigos 5 (a) (homicídio) e 7 (1) do Estatuto⁹⁴⁷.

Este mesmo padrão de acusação por um ‘crime contra a humanidade’ e, em alternativa, uma ‘violação grave’ e uma ‘violação das leis e costumes de guerra’, foi repetido ao longo de toda a acusação⁹⁴⁸.

Tadić alegou que o conflito na Antiga Jugoslávia foi uma guerra civil e não uma guerra internacional, observando que nem as Convenções de Genebra de 1949 nem a Quarta Convenção de Haia de 1907 regulavam conflitos não internacionais, à exceção do Artigo 3 Comum às Convenções de Genebra, o qual não menciona uma responsabilidade de carácter penal⁹⁴⁹.

Nuremberga, e apesar de tudo, não estava certamente presente no espírito de quem tiver sido apanhado desprevenido pela sorte que teve tal alegação.

4.1.3. Decisão⁹⁵⁰ – há responsabilidade criminal por violações sérias do direito internacional humanitário em conflitos internos

O tribunal começou por considerar que algumas disposições do Estatuto *não são claras* quanto à questão de se se aplicam a crimes em conflitos armados internacionais ou também em conflitos armados internos (para. 71). Para que não restassem dúvidas quanto a este primeiro ponto, assinalou que o artigo 2 se refere a violações graves das Convenções de Genebra de 1949, normalmente tidas como aplicáveis apenas a conflitos armados internacionais (para. 71). Já o artigo 3 *não tem nenhuma referência expressa* à natureza do conflito o que, numa *interpretação literal*, poderia levar a crer que se aplica a ambos os tipos de conflitos, ao contrário do artigo 5, que explicitamente confere jurisdição sobre crimes cometidos em conflitos internacionais ou internos, o que, num argumento *a contrario*, fundado na ausência de uma norma semelhante no artigo 3, poderia levar à conclusão que este só se aplica a uma classe de conflitos (para 71). Assim, para melhor determinar o significado e âmbito destas disposições, o tribunal teria de considerar o *objeto e o fim do Estatuto* (para. 71).

Guiado por uma *interpretação teleológica* do seu Estatuto (paras. 72 a 75), conclui que os membros do CS tiveram a *intenção* de dar poder ao tribunal para julgar conflitos relativos a violações de direito humanitário que ocorressem *em qualquer dos contextos* e assim, *na medida do possível à luz do direito internacional*, o Estatuto deveria ser interpretado de forma a *cumprir esse fim* (para. 77).

⁹⁴⁷ Pontos 26 a 28 da Acusação. Cf. ICTY, First Amended Indictment, *Prosecutor v. Tadić*.

⁹⁴⁸ Cf. GREENWOOD, CHRISTOPHER, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, p. 266.

⁹⁴⁹ SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, pp. 150 e 151.

⁹⁵⁰ *Tadić Jurisdição Recurso*.

Avançou depois para uma análise específica das disposições do Estatuto. Considerou, por um lado, que o artigo 5 visaria reintroduzir um nexos com o conflito armado que *já não seria exigido pelo direito costumeiro* e que, por outro lado, se os artigos 2 e 3 só se aplicassem a conflitos armados internacionais, isso significaria, por exemplo, que o CS, ao mesmo tempo que sabia que o conflito poderia ser diferentemente qualificado dependendo do tempo e lugar, só teria querido atribuir competência ao tribunal para apreciar a destruição e devastação de propriedade durante conflitos internacionais, o que *seria ilógico* (para. 78).

Acabou por decidir, contrariamente ao disposto pelo Tribunal de Julgamento, e apesar de considerar que a conclusão a que chega pode não estar em consonância com recentes tendências a nível da prática estatal e da doutrina dos direitos humanos que, no *estado atual de desenvolvimento do direito*, o artigo 2 do Estatuto só se aplica a crimes cometidos no contexto de conflitos armados internacionais (paras. 79 a 85).

Quanto ao artigo 3, considerou que a expressão ‘violações das leis e costumes de guerra’ é um termo tradicional que tem que ser visto à luz da noção mais lata de ‘conflito armado’, introduzida pelas Convenções de Genebra de 1949, e da noção correlativa de ‘direito internacional dos conflitos armados’, ou da mais recente e compreensiva noção de ‘direito internacional humanitário’, a qual emergiu em resultado da *influência das doutrinas dos direitos humanos* no direito do conflito armado (para. 87).

Baseando-se no relatório do SG, em declarações de membros do CS e em debates subsequentes à resolução que estabeleceu o tribunal que, não tendo sido contestados, podem ser vistos como uma interpretação com autoridade do artigo 3, considerou que o seu âmbito é *muito mais lato* do que as violações enumeradas no direito de Haia (paras. 87 e 88).

Assim, o artigo 3 seria uma *cláusula geral* que cobriria *todas* as violações de direito humanitário que não estivessem compreendidas no artigo 2 ou nos artigos 4 ou 5, mais especificamente: *violações do direito de Haia* sobre conflitos internacionais; infrações às disposições das Convenções de Genebra *que não sejam qualificadas como ‘violações graves’* por essas convenções; violações do Artigo 3 Comum e *outras regras costumeiras* sobre conflitos *internos*; *violações de acordos que vinculem as partes no conflito*, considerados *qua* direito dos tratados, i.e., *acordos que ainda não se tenham tornado direito internacional costumeiro* (para. 89).

Referindo-se o Estatuto sistematicamente a violações sérias do direito internacional humanitário, seria apropriado tratar a expressão violações das leis e costumes de guerra como violações de direito internacional humanitário (para. 90), o que levaria à conclusão de que o

Artigo 3 é uma *cláusula residual* projetada de forma a assegurar que *nenhuma violação séria* do direito humanitário *deixe de ser compreendida pela jurisdição do tribunal* (para. 91).

Por fim, especificou as quatro condições que têm de estar preenchidas para que o artigo 3 seja aplicado: a violação tem de constituir *infração a uma regra de direito internacional humanitário*; a regra tem que ter *natureza costumeira* ou, se estiver prevista em tratado, as condições exigidas têm que estar preenchidas; a violação tem de *ser séria*, ou seja, tem de constituir violação de uma regra que proteja *valores importantes* e tem de envolver *graves consequências para a vítima*; a violação da regra tem de compreender, à luz do direito costumeiro ou convencional, a *responsabilidade criminal individual* da pessoa que violou a regra (para. 94).

Em seguida, o tribunal considerou necessário aprofundar dois dos requisitos mencionados, nomeadamente, a existência de regras de direito costumeiro que governam um conflito interno e a questão de se a violação de tais regras pode envolver responsabilidade criminal (para. 95).

Começou por aludir a uma evolução em que uma *abordagem orientada para a soberania estatal* tem sido gradualmente suplantada por uma *abordagem orientada para o ser humano* e em que, aos poucos, a máxima do direito romano *hominum causa omne jus constitutum est* ganhou uma posição firme na comunidade internacional, afirmando-se que, na área do conflito armado, a distinção entre guerras internacionais e guerras civis estaria a perder o seu valor e *interrogando-se* acerca da razão de proteger os civis da violência beligerante, ou proibir a violação, a tortura ou a destruição arbitrária de hospitais, igrejas, museus, ou propriedade privada, bem como a de proscreever armas que causem sofrimento desnecessário, quando dois estados soberanos estão envolvidos em guerra, mas já não quando a violência armada ocorrer no território de um só estado soberano (para. 97).

Sem surpresa, considerou que a emergência de normas internacionais que regem os conflitos internos ocorreu ao nível do direito costumeiro e do direito dos tratados (para. 98) e deixou ainda uma palavra de cautela sobre o processo de formação de direito no âmbito do conflito armado, pois seria difícil – se não mesmo impossível – identificar o comportamento real das tropas no campo de batalha com o objetivo de determinar se elas respeitam certos padrões de comportamento (para. 99), rematando que – na apreciação da formação de regras consuetudinárias ou princípios gerais – se deve procurar apoio em elementos tais como *pronunciamentos oficiais dos Estados, manuais militares e decisões judiciais* (para. 99).

Seguiu-se uma análise vasta de prática estatal, incluindo duas resoluções unânimes da ONU sobre o ‘respeito pelos direitos humanos em conflito armado’, referindo-se, a primeira, a *todos os conflitos armados* – interpretando-a os EUA como sendo uma *reafirmação* de princípios de direito costumeiro internacional – e a segunda, a *todo o tipo de conflitos armados* (paras. 96 a 115), e referindo-se ainda o tribunal à articulação de um ponto de vista segundo o

qual existe um *corpus* de *princípios e normas gerais relativas a conflitos armados internos compreendendo o Artigo 3 Comum mas tendo um âmbito muito mais lato* (para. 116).

Menção foi ainda feita ao PA-II – e ao ponto de vista de que muitas das suas disposições podem ser vistas como declaratórias de direito costumeiro (para. 117) –, a manuais militares (para. 118) e à extensão das regras e princípios que governam as guerras internacionais aos conflitos internos também no que diz respeito aos meios e métodos de guerra (paras. 119 a 125).

De qualquer forma, avançou-se que o surgimento das referidas regras gerais sobre conflitos armados internos *não implica* que as guerras internas sejam reguladas pelo direito internacional geral *em todos os seus aspetos*, podendo duas limitações particulares ser observadas: a de que *apenas um determinado número de normas e princípios* que regem os conflitos armados internacionais têm vindo a ser alargados aos conflitos internos e a de que *a transposição não ocorreu na forma de um transplante completo e mecânico* dessas normas para os conflitos internos, pois o que se tornou aplicável aos conflitos internos foi a *essência geral* dessas normas e não a regulamentação detalhada que podem conter (para. 126),

Quanto à questão de se a violação dessas normas acarreta responsabilidade criminal individual, o tribunal reconhece que o Artigo 3 Comum *não contém nenhuma referência explícita à responsabilidade penal* por violação das suas disposições, mas acrescenta que, confrontado com afirmações semelhantes – no que diz respeito a vários acordos e convenções que fundaram a sua competência – o TMI concluiu que a constatação da responsabilidade penal individual não é impedida pela ausência de disposições de tratados sobre a punição de infrações (para. 128) e considerou *uma série de fatores relevantes* para a sua conclusão de que os autores de violações específicas incorrem em responsabilidade individual, fatores como o *reconhecimento claro e inequívoco* de regras da guerra em direito internacional, *a prática dos estados indicando intenção de criminalizar uma proibição e punições de violações pelos tribunais nacionais e tribunais militares* (para. 128), aludindo-se ainda à famosa passagem de que os crimes contra o direito internacional são cometidos por homens, não por entidades abstratas (para. 128).

Aplicando os critérios precedentes *às violações em questão*, o tribunal não teve dúvida de que elas acarretam responsabilidade penal individual, independentemente de serem cometidas em conflitos armados internos ou internacionais, pois os princípios e regras do direito humanitário refletem *considerações elementares de humanidade*

amplamente reconhecidas como *mínimo obrigatório* de conduta em conflitos armados *de qualquer tipo*, não podendo ninguém duvidar da *gravidade dos atos em causa*, nem do *interesse da comunidade internacional na sua proibição* (para. 129)

Depois de análise de prática estatal e *opinio iuris*, incluindo legislação nacional alemã, neozelandesa, americana, jugoslava e belga e resoluções do CS, todas apontando no sentido de que existe responsabilidade individual (paras. 130 a 133), o tribunal concluiu que todos esses fatores confirmam que o direito internacional consuetudinário *impõe responsabilidade penal por violações graves do Artigo 3 Comum*, complementado por *outros princípios e regras gerais sobre a proteção das vítimas de conflito armado interno*, e por *princípios fundamentais e regras sobre meios e métodos de combate numa guerra civil* (para. 134), acrescentando que – na medida em que ela se aplica a crimes cometidos na Antiga Jugoslávia – a noção de que as violações sérias do direito internacional humanitário que regem os conflitos armados internos implica responsabilidade criminal individual também é plenamente justificada do ponto de vista da *justiça material e equidade* pois – tendo em conta que tais violações eram puníveis pelo Código Penal da República Socialista Federal da Jugoslávia e pela lei que implementou os dois Protocolos Adicionais de 1977 e que as mesmas violações eram penalizadas na República da Bósnia-Herzegovina, em virtude de um Decreto-lei de 1992 (para. 135) – os cidadãos da Antiga Jugoslávia, bem como, no presente, os da Bósnia-Herzegovina tinham conhecimento, ou deveriam ter conhecimento, de que estavam sob a jurisdição dos seus tribunais penais nacionais em casos de violações do direito internacional humanitário (para. 135)⁹⁵¹.

4.1.4. Apreciação

Clarificando e dando um *imprimatur* judicial a regras do direito internacional humanitário ⁹⁵², a complexa qualidade técnica da decisão, e argúcia que se lhe liga, são as primeiras notas.

E, independentemente do acerto jurídico do caminho, e apesar de não se poder esquecer que o direito humanitário moderno e a sua distinção entre guerras internacionais e internas postula um tratamento mais favorável para os envolvidos nas primeiras, os inimigos estrangeiros

⁹⁵¹ Finalmente, relativamente à questão da aplicação de determinados acordos celebrados entre as partes em conflito, o tribunal enfatiza que a única razão por detrás do objetivo declarado dos redatores – o de que o tribunal deve aplicar direito internacional consuetudinário – seria evitar uma violação do *nullum crimen* caso uma parte do conflito não tivesse aderido a um tratado específico estando, por isso, o tribunal autorizado a aplicar, para além do direito costumeiro internacional, qualquer tratado que fosse, *para além de qualquer dúvida*, obrigatório para as partes no momento da alegada infração, e que não conflitasse com, ou constituísse uma derrogação a, normas imperativas de direito internacional (para. 143).

⁹⁵² Assim, MERON, THEODOR, “War Crimes Law Comes of Age”, *The American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 3, 1998, p. 463, a propósito de várias decisões do TPIAJ.

(já os rebeldes ou traidores domésticos teriam um tratamento menos favorável)⁹⁵³, começa-se por realçar que também aqui – no contexto particular da conduta das hostilidades em conflitos armados internos, guerras civis, fenómeno mais antigo que o moderno Estado-nação mas cuja regulação foi posta de lado durante séculos pelo direito internacional⁹⁵⁴ – alguns antecedentes antigos, não só não são de pouca importância, como não surpreendem quanto ao resultado.

*“Cela étant ainsi, il est bien évident que les Loix communes de la Guerre, ces maximes d’humanité, de modération, de droiture & d’honnêteté, que nous avons exposées ci-dessus, doivent être observées de part & d’autre dans les Guerres Civiles. Les mêmes raisons, qui en fondent l’obligation d’État à État, les rendent autant & plus nécessaires, dans le cas malheureux, où deux Partis obstinés déchirent leur commune Patrie”*⁹⁵⁵.

Já, mais tarde, no pós-Segunda Guerra, a CCGONU afirmava que a Carta do TMI “pressupõe a existência de um sistema de direito internacional, à luz do qual os indivíduos são responsáveis para com a comunidade das nações por violações de regras do direito penal internacional, segundo as quais os ataques às liberdades fundamentais e aos direitos constitucionais dos povos e das pessoas individuais [...] *constituent crimes internacionais, não apenas em tempo de guerra, mas também, em certas circunstâncias, em tempo de paz*”⁹⁵⁶.

4.1.4.1. A decisão não espelha o direito existente ao tempo dos factos

Aponta-se que⁹⁵⁷: pelo menos algumas das declarações de delegações do CS – posteriores à votação da resolução que criou o tribunal – apoiam mais o ponto de vista de que o Artigo 3 Comum e o PA-II se deveriam aplicar porque as partes a isso se tinham comprometido do que o de que eles formariam parte do direito costumeiro internacional; a lista de documentos, constantes do relatório do SG que acompanhava o Estatuto, relatório este que constituía a parte mais importante da sua história legislativa, e que para ele formavam parte do direito costumeiro para além de qualquer dúvida, não incluía o PA-II; o tribunal citou poucos exemplos de julgamentos por crimes de guerras que resultassem de conflitos internos e nenhum exemplo de um julgamento por crime de guerra envolvendo violações do PA-II; as resoluções do CS que falam de *todos os*

⁹⁵³ Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 32, informando ser esta distinção já conhecida do *common law* ao tempo de Shakespeare e que os últimos não beneficiavam da proteção dos princípios do cavalheirismo. O dever de agir honrosamente tanto em guerra como em paz (cf. MERON, THEODOR, *The Making*, p. 13), cujo alcance não era assim tão lato.

⁹⁵⁴ DINSTEIN, YORAM, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2014, p. 1 e 3.

⁹⁵⁵ VATTEL, EMERICH, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, Tome II, livre 3, Chapitre XVIII, p. 680, para. 294 (sublinhados adicionados).

⁹⁵⁶ HISTORY OF THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, pp. 192 e 193 (itálicos adicionados).

⁹⁵⁷ Apontamentos em SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, pp. 143 a 148.

conflitos armados não mencionam especificamente os conflitos armados internos, não se referem a responsabilidade criminal individual e são anteriores ao PA-II.

Que os Estados-nação discutiram amargamente – nas negociações sobre as Convenções de Genebra de 1949 e durante a sua revisão posterior em 1977 – se as leis da guerra deviam ser aplicadas a guerras civis e que os estados em oposição a tal ideia “ganharam o dia”⁹⁵⁸. Que a Quarta Convenção de Haia – que não tem referências a responsabilidade criminal⁹⁵⁹ – inclui regras que regulam o tratamento de prisioneiros de guerra, mas não aborda o tratamento de civis, embora contenha regras para lidar com a população de um território sob ocupação, compartilhando os outros tratados de direito da guerra, elaborados antes do final da Segunda Guerra, a estrutura e ambição modesta desta convenção⁹⁶⁰. E ainda que, de forma relevante, nenhum desses tratados se aplica a guerras civis, o que significa que – de acordo com esses tratados – os estados não estão limitados pelo direito internacional na arquitetura da sua resposta militar a rebeliões internas, não tendo de ser concedido aos combatentes capturados *status* de prisioneiro de guerra e podendo eles ser tratados como traidores ou criminosos comuns⁹⁶¹.

E que ao tempo da decisão as autoridades na matéria viam os crimes de guerra como aplicáveis somente em conflito armado internacional⁹⁶². O insuspeito CICV – nos seus comentários sobre a proposta de criação do tribunal – afirmou que, de acordo com o direito internacional humanitário, a noção de crimes de guerra é limitada a situações de conflito armado internacional⁹⁶³. Segundo um ponto de vista similar, o conteúdo do direito costumeiro aplicável a conflitos armados internos seria discutível e, como resultado, em geral, a menos que as partes num conflito armado interno acordassem em contrário, os únicos crimes cometidos em conflitos armados internos – relativamente aos quais existiria jurisdição universal – seriam os crimes contra a humanidade e o genocídio, que se aplicariam independentemente da classificação dada aos conflitos⁹⁶⁴. E que, se é verdade que o ETPIR conferia expressamente jurisdição sobre indivíduos acusados de violar o Artigo 3 Comum, esta circunstância deve ter em conta o

⁹⁵⁸ Assim, DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, n.º 1, 2006, pp. 2 e 3.

⁹⁵⁹ DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, p. 28.

⁹⁶⁰ Assim, DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, pp. 7 e 8.

⁹⁶¹ Assim, DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, pp. 7 e 8.

⁹⁶² Neste sentido, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, pp. 148 e 149.

⁹⁶³ Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, pp. 148 e 149.

⁹⁶⁴ Assim, FINAL REPORT OF THE COMMISSION OF EXPERTS ESTABLISHED PURSUANT TO SECURITY COUNCIL RESOLUTION 780, 1992, UN Doc. S/1994/674, 27 de Maio 1994, para. 52.

comentário do SG de que esta circunstância foi uma inovação e que pela primeira vez se criminalizaria o Artigo 3 Comum⁹⁶⁵.

O Artigo 4 do ETPIR estabelece, sob a epígrafe ‘violações do Artigo 3 Comum às Convenções de Genebra e ao Segundo Protocolo Adicional’ que o TPIR tem competência para julgar as pessoas que tenham violado ou que tenham ordenado a prática de violações graves ao Artigo 3 Comum.

Por sua vez, este artigo, uma ‘carta de direitos fundamentais’⁹⁶⁶, refere que, no caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional – e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes – cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, certas disposições. Uma delas é a de que as pessoas que não tomem diretamente parte nas hostilidades serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo e que, para este efeito são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas mencionadas: a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios; b) A tomada de reféns; c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

Ter-se-ia então afirmado, *pela primeira vez*, que os indivíduos poderiam ser responsabilizados criminalmente por violações do Artigo 3 Comum e do PA-II⁹⁶⁷, apontando-se que a legitimidade dos juízes para criar direito aparece como ténue na melhor das hipóteses⁹⁶⁸.

Acrescentando-se – e num contexto em que se tratam os estados como o “principal” e os tribunais como o “agente”, em que o primeiro delegaria no segundo tarefas que não conseguiria desempenhar eficientemente, ao mesmo tempo que asseverava que os tribunais não podem criar direito⁹⁶⁹ – que os juízes do TPIAJ podem constituir exemplo de um agente que deixou de cumprir as instruções do principal, mas que, de alguma forma, escapou à punição

⁹⁶⁵ GREENWOOD, CHRISTOPHER, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, p. 280. Cf., também, REPORT OF THE SECRETARY GENERAL PURSUANT TO PARAGRAPH 5 OF THE SECURITY COUNCIL 955, para. 12.

⁹⁶⁶ BAXTER, RICHARD, “Forces for Compliance with the Law of War” (1964), *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013, p. 154.

⁹⁶⁷ Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 214.

⁹⁶⁸ Assim, DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, p. 41.

⁹⁶⁹ Assim, DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, pp. 41 e 42.

disciplinar, ou de um agente mais sofisticado, que entendeu o que o principal desejava, mesmo em face da retórica política aparentemente contraditória⁹⁷⁰, sugerindo-se uma atividade ilegítima no primeiro caso mas já legítima no segundo⁹⁷¹.

A legislação judicial internacional seria um facto da política internacional que não poderia ser referido pois – em virtude de preocupações com a ‘responsabilidade’ – os estados não queriam reconhecer que os tribunais internacionais fazem direito internacional, enquanto os juízes internacionais, qual necessidade de convencer os observadores da legitimidade do seu papel como executores em nome da comunidade internacional das normas sociais⁹⁷², compreenderiam e reforçariam a “prestidigitação política” ao negarem que estivessem a fazer lei⁹⁷³.

Enfim, que, mesmo depois da decisão, as autoridades na matéria descreviam a decisão como revolucionária e inovadora e que se afirmava – pela voz de um antigo presidente do TPIAJ que – enquanto em muitos outros campos do direito internacional a conclusão de tratados é “mais rápida” do que a evolução do direito costumeiro, em direito internacional humanitário a mudança através da formação de costume “pode ser mais rápida”⁹⁷⁴.

4.1.4.2. A decisão espelha o direito no momento dos factos. Nuremberga

Mas também é verdade que, não sendo *aquelas* declarações dos membros do CS claras, elas não apontam nem num sentido nem noutra e o tribunal deu muitos outros exemplos. De qualquer forma, o tribunal parece tê-las usado *mais como indícios* de que a sua interpretação teleológica estava certa do que como prova que definitivamente servisse de alicerce sólido para ela. Além de que encarou a sua obrigação primária como sendo a de interpretar o Estatuto à luz do seu objeto e fim. Desenhando o Estatuto sob intensa pressão de tempo⁹⁷⁵, e, presumivelmente, não incluindo na sua lista os protocolos adicionais devido ao seu *status* incerto no direito costumeiro⁹⁷⁶, a afirmação do SG sobre este direito, como já se avançou, tem que ser interpretada *cum grano salis*,

⁹⁷⁰ Assim, DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, p. 43.

⁹⁷¹ Assim, DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, pp. 43 e 44.

⁹⁷² Assim, DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, p. 47, n. 202.

⁹⁷³ Assim, DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, p. 47.

⁹⁷⁴ SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 151, referindo-se a MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 90, n.º 2, 1996, p. 247.

⁹⁷⁵ DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law” pp. 19 e 20.

⁹⁷⁶ DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, p. 21.

além de que a sua lista incluía a Carta de Nuremberga⁹⁷⁷. A consideração de que foram avançados poucos, ou nenhuns, exemplos de julgamentos deve ser *relativizada* à luz da ideia de que *há sempre uma primeira vez*.

Quanto às resoluções, é certo que não referem *especificamente* os conflitos internos, mas também não os excluem, e uma interpretação razoável da expressão ‘todos os conflitos’ é a de que compreende *todos os conflitos*. O que está em sintonia com a ideia de que – depois dos julgamentos por crimes de guerra pós-Segunda Guerra e da adoção das Convenções de Genebra em 1949 – não pode ser questionado que os princípios do direito da guerra, corporizados no Artigo 3 Comum, são vinculativos para indivíduos ou grupos de indivíduos envolvidos num conflito armado interno⁹⁷⁸.

Ecoando um apelo para a sua adoção, como que para confirmar direito costumeiro⁹⁷⁹, esta ideia é suportada na Resolução de 2444 – que ao reconhecer “a necessidade de aplicar princípios humanitários básicos em todos os conflitos armados”, observa que os princípios que estabelece⁹⁸⁰ devem ser observados “por todas as autoridades governamentais ou outras responsáveis por ação em conflitos armados” – e corroborada pela introdução feita pela Noruega à Resolução 2675 sobre os ‘princípios fundamentais para a proteção das populações civis em conflitos armados’ e em que a Noruega – copatrocinadora da resolução e ao a apresentar à Terceira Comissão – explicou que, como utilizado na resolução, a expressão ‘conflitos armados’ compreende os *conflitos armados de todos os tipos*, o que poderia ser encarado como um ponto importante, uma vez que as disposições das Convenções de Genebra e dos Regulamentos de Haia não se estenderiam a todos os conflitos⁹⁸¹.

⁹⁷⁷ A qual – presumivelmente – ao prever como crimes todas as violações de leis e costumes de guerra, incluía os costumes existentes relativamente a guerra civil. RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 101. Se se aceitasse este ponto de vista, e na medida em que estes costumes já existissem, então a responsabilidade criminal internacional a eles ligada teria sido, já em 1945, afirmada de forma expressa.

⁹⁷⁸ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 313. Certamente, uma autoridade na matéria. O autor já defendia, por exemplo, que as disposições das Convenções de Genebra relativas a represálias contra pessoas protegidas se aplicam a conflitos internos (KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 322 e 323).

⁹⁷⁹ Apelo em BAXTER, RICHARD, “Forces for Compliance with the Law of War”, pp. 154, 155, 165 e 166. Outra autoridade.

⁹⁸⁰ Princípios estes que eram os seguintes: (a) Que o direito das partes de um conflito de adotar meios de ferir o inimigo não é ilimitado; (b) Que é proibido lançar ataques contra as populações civis, enquanto tal; (c) Esta distinção deve ser feita em todos os momentos entre as pessoas que participam nas hostilidades e membros da população civil no sentido de que, estes últimos, têm que ser poupados, tanto quanto possível.

⁹⁸¹ Assim, *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 111.

A circunstância de as resoluções serem anteriores ou posteriores ao PA-II releva pouco, pois a proteção costumeira internacional relativa a conflitos internos pode ter surgido antes ou depois deste⁹⁸².

Por outro lado, havia autoridades na matéria com opinião diferente. A acrescentar às já referidas, desde logo o próprio presidente do tribunal na decisão em análise⁹⁸³. A afirmação do SG, em coerência com o afirmado a propósito do ETPIAJ, relativamente ao Artigo 3 Comum no ETPIR é a *sua* opinião sendo de sublinhar que foi feita já depois da adoção do ETPIR pelo CS e, num contexto em que uma discussão sobre uma possível aplicação *ex post facto* de direito em violação do *nullum crimen* não estaria tão presente no espírito do SG, pois o Ruanda era parte tanto das convenções como de ambos os seus protocolos adicionais⁹⁸⁴.

Apesar de ter de se aceitar que esta afirmação aparenta, de forma ligeira e estranha dir-se-ia, “uma quebra de fidelidade à regra dourada de fidelidade ao direito costumeiro” e que os juízes do TPIAJ e TPIR tivessem sido confrontados com duas abordagens opostas⁹⁸⁵, não parece que isso tenha sido importante na prática. Não se tem informação de algum caso em que os juízes do TPIR tenham atacado abertamente esta questão. Seja como for, não estaria aqui em causa uma criação de direito pelos tribunais mas pelo CS.

De notar que nem o SG nem o CICV nem as outras autoridades são tribunais. E ainda que o que o antigo presidente do tribunal, sem dúvida também uma autoridade, disse, não o foi num contexto em que se defendia que aplicação houvesse sido *ex post*

⁹⁸² Cf., também, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 103, afirmando que, a falta de entusiasmo de muitos estados em vias de desenvolvimento relativamente ao PA-II, sugere a falta de aceitação do seu carácter costumeiro e que os estados não teriam olhado para as suas violações como crimes de guerra, mas que, ao mesmo tempo, muitos estados promulgaram leis internas sobre crimes de guerra que cobrem as guerras civis e fizeram declarações aceitando tal criminalidade.

⁹⁸³ Cf. CASSESE, ANTONIO, “The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts”, *Current Problems of International Law: Essays on U.N. Law and on the Law of Armed Conflict*, Giuffrè, 1975, pp. 287 e 318, reprinted in Idem, *The Human Dimension of International Law: Selected Papers*, Oxford University Press, 2008, pp. 128 a 147 *apud* HENCKAERTS, JEAN-MARIE, “Civil War, Custom and Cassese”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, pp. 1096 a 1098. Este autor avança que se poderia criticar este artigo de Cassese em razão de se limitar à análise de um só conflito e que, arguir que a prática proveniente de um só conflito, levou à formação de regras de direito costumeiro pareceria ficar aquém do requisito de ‘prática geral aceite como direito’.

⁹⁸⁴ Além de que a adoção do ETPIR parece ter sido feita mais na base de “*necessidades políticas*” do que através de um qualquer processo de análise jurídica ou negociação. Assim, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 280. Cf., também, GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, p. 163, aventando a possibilidade de o CS poder ter acreditado que tinha a autoridade para criar um tribunal com jurisdição sobre crimes não costumeiros fundados em tratado, mas tão-só caso o estado em causa tiver adotado o tratado.

⁹⁸⁵ Assim, POWDERLY, JOSEPH, “Judicial Interpretation”, p. 26.

facto, bem pelo contrário⁹⁸⁶, tendo-se afirmado até que o respeito pelas garantias fundamentais do PA-II envolve conduta individual e, *obviamente*, é uma questão de interesse internacional, podendo um tribunal internacional aplicar as suas disposições enquanto direito penal⁹⁸⁷.

Afirmção esta última produzida num contexto anterior a *Tadić* em que – assumindo-se que os conflitos na Antiga Jugoslávia eram internacionais – se acrescentava que uma base adicional para considerar que o Artigo 3 Comum é aplicável a tais conflitos, apesar do seu carácter internacional, seria o *dictum* em *Nicaragua*, referido na decisão em análise, de que o Artigo 3 Comum contém regras que constituem um “critério mínimo”, ou uma “base normativa”, no que diz respeito aos conflitos internacionais⁹⁸⁸. E ainda se dizia que o Artigo 3 Comum impõe claramente várias normas costumeiras relevantes relativamente ao comportamento das partes em conflito armado, não sendo esta consideração abalada pelo facto de estas proibições não estarem listadas nas disposições das Convenções de Genebra classificadas como violações graves pois estas dizem respeito à jurisdição universal e não a direito substantivo⁹⁸⁹.

Considerando-se ainda como pouco convincente – à luz desta jurisprudência e da natureza rudimentar do direito penal nos instrumentos do direito internacional humanitário – a visão que contesta a criminalidade subjacente ao Artigo 3 Comum com fundamento no facto de a sua redação falar das obrigações de ‘cada Parte no conflito’⁹⁹⁰.

Por outro lado, o que o tribunal parece ter afirmado, não foi que havia responsabilidade criminal individual por violações do Artigo 3 Comum e do PA-II, mas antes pelas regras costumeiras correspondentes. Em alternativa, era o que deveria ter dito.

‘Pegando’ na ideia do “principal” e do “agente”, poder-se-ia ainda contrapor que o direito penal internacional é um ramo do direito internacional ainda nascente em que ainda há um vasto hiato entre “direito de imediato discernível” e a “aspiração a responsabilidade” e que a dificuldade dos estados em acordarem o conteúdo das proibições que os obriguem causa uma falta de fontes primárias escritas, o que tem por

⁹⁸⁶ Cf. MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, pp. 238-244, em especial, p. 239.

⁹⁸⁷ Assim, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, p. 560. Em matéria de autoridades escusa-se então de mais argumento.

⁹⁸⁸ Assim, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, p. 560.

⁹⁸⁹ Assim, MERON, THEODOR, “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 88, n.º 1, 1994, p. 83.

⁹⁹⁰ Assim, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, p. 562. Mas cf. RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 108, que afirmam que é seguro afirmar que a criminalidade das violações do Artigo 3 Comum não estava bem estabelecida antes dos primeiros anos da década de 90.

consequência que haja necessidade de “preencher lacunas” através da “transposição de aspetos relevantes do direito nacional que passaram para o direito costumeiro ou de princípios gerais”⁹⁹¹. Aliás, a circunstância de os tribunais serem instrumentais na conciliação das exigências de mudança com o necessário respeito pelos direitos dos arguidos⁹⁹² não é problemática.

Enfim, em contraste com a opinião de que o que está aqui em causa é uma injustificável assunção de poder legislativo que nunca foi dado ao tribunal por nenhuma autoridade⁹⁹³, desde que a asserção de que os estados intenderam isto mesmo seja verdadeira – e tal atuação não se consubstancie numa violação do *nullum crimen* – não existiria qualquer problema com os tribunais legislarem, estando os estados sempre capacitados para os desautorizar. Ou seja, desde que se não condene uma pessoa por alguma conduta que não era crime à data – e não se aplique uma pena superior à prevista à data para essa conduta, e não se dê uma nova ou primeira qualificação jurídica que, não caracterizando de forma mais correta a conduta, represente um estigma acrescido para o arguido⁹⁹⁴ – então a possibilidade de os tribunais ‘criarem’ direito estaria de acordo com o querido pelos estados e, portanto, pareceria à primeira vista, e tal como sugerido, legítima.

4.1.4.3. Interpretação dos estatutos

Por outro lado, não estando a interpretação dos estatutos – à luz das regras costumeiras de interpretação que se devem considerar aplicáveis – sujeita, em princípio, a nenhuma exigência especial ligada ao *nullum crimen*, a conclusão (teleológica) do tribunal relativa à existência de jurisdição concernente a atos cometidos no decurso de conflitos internos não merece reparos⁹⁹⁵.

De facto, tendo em conta o artigo 1 do Estatuto, só se pode considerar como acertada a conclusão de que o CS teve a intenção de incluir na jurisdição do tribunal

⁹⁹¹ Assim, FAN, MARY, “Custom, General Principles and the Great Architect Cassese”, p. 1016

⁹⁹² Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 9, n. 8.

⁹⁹³ Assim, ICTY, Separate Opinion of Judge Li on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, 2 de Outubro 1995, para. 13.

⁹⁹⁴ Cf. *infra* Parte III, 6.1.2.3.

⁹⁹⁵ Quanto à declaração de existência de jurisdição sobre crimes previstos em tratados cf. SHAHABUDDEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, pp. 67 a 70, sustentando que ela não devia ter sido proferida. Em sentido diferente, MERON, THEODOR, *The Making*, pp. 94, 95 e 104 afirma que Nuremberga, obviamente, fornece precedente no sentido de que o princípio da legalidade é satisfeito por referência a tratados que estavam em vigor ao tempo da infração e que, enquanto o teste *litimus* no TPIAJ é o costume, no TPIR tanto tratados como costume satisfazem o princípio. Neste último sentido, CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić”, p. 84.

qualquer violação séria de direito internacional humanitário. Ao caminho interpretativo seguido para atingir este resultado não se deve dar relevo exagerado.

De qualquer forma – quando comparada com a posição do juiz Abi-Saab, que argumentou que o tribunal deveria ter confirmado a decisão do Tribunal de Julgamento sobre artigo 2⁹⁹⁶, a fim de racionalizar as leis da guerra, e retificar uma divisão artificial entre as disposições do Estatuto, a qual não refletiria a tendência moderna que considera crimes de guerra cometidos em conflitos armados internos como ‘violações graves’⁹⁹⁷ – a posição do tribunal tem a vantagem de ser mais próxima da redação (e interpretação sistemática) do Estatuto, pois o artigo 2 realmente só se refere às violações graves às Convenções de Genebra de 1949, que dizem respeito a conflitos internacionais, não parecendo ‘abrir a porta’ às eventuais normas costumeiras correspondentes. Ao passo que os artigos 3 e 5 claramente o fazem. afirmada

Convém salientar que o facto de o Estatuto resultar de uma decisão vinculativa do CS, à luz do capítulo VII da Carta da ONU, não muda as regras de interpretação. Esta tem sido a prática constante dos TPIs relativamente à qual não existe objeção pelos estados ou outros sujeitos de direito internacional⁹⁹⁸. Apesar de ser verdade que as regras de interpretação que evoluíram no costume internacional, e que foram codificadas ou desenvolvidas na Convenção de Viena, se referiam apenas aos tratados entre os estados – pois nessa fase o desenvolvimento de novas formas de instrumentos internacionais vinculativos, tais como acordos entre estados e rebeldes, ou resoluções vinculativas do CS a regularem questões de forma normativa, ainda não tinham assumido uma posição sólida na comunidade mundial – devem ser consideradas aplicáveis a qualquer instrumento internacional vinculativo, qualquer que seja a sua fonte normativa, pois transportam para o contexto internacional princípios gerais internacionais de interpretação judicial que estão na base de qualquer tentativa séria de interpretar e aplicar normas jurídicas de forma consistente⁹⁹⁹. Assim, os estatutos devem ser interpretados – e tendo em conta as diferenças entre as decisões do CS e os tratados¹⁰⁰⁰ – de boa-fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos seus termos no seu contexto e à luz dos respetivos objeto e fim¹⁰⁰¹, o que neste âmbito exigiria uma interpretação que permitisse ao tribunal atingir da melhor forma

⁹⁹⁶ Cf. *Tadić Jurisdição*, paras. 46 a 52.

⁹⁹⁷ ICTY, Separate Opinion of Judge Abi-Saab on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, 2 de Outubro 1995.

⁹⁹⁸ Assim, *STL Terrorism*, p. 20, para. 26. Cf., também, ICTR, *Prosecutor v. Kanyabashi*, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 3 de Junho 1999, parte IV.

⁹⁹⁹ Assim, *STL Terrorism*, p. 20, para. 26.

¹⁰⁰⁰ *STL Terrorism*, p. 21, para. 27.

¹⁰⁰¹ A última parte desta cláusula encarna o princípio da interpretação teleológica, que enfatiza a necessidade de interpretar as disposições de um tratado de forma a as tornar eficazes e operacionais, com vista a atingir o objetivo para o qual foram acordadas. Assim, *STL Terrorism*, pp. 21 e 22, para. 28.

o objetivo de administrar a justiça de forma justa e eficiente¹⁰⁰². Possivelmente, se esta bitola não ajudar, então dever-se-á escolher a interpretação que seja mais favorável ao arguido, usando o princípio *favor rei* como *standard* de construção¹⁰⁰³, fazendo-se assim uma interpretação do Estatuto já à luz de exigências tradicionalmente ligadas ao *nullum crimen*. Aqui parece poder-se dizer que, qualquer das interpretações em debate, permite uma administração da justiça justa e eficiente mas que, talvez, a seguida pelo tribunal seja mais favorável ao arguido e, portanto, a se preferir.

Também neste contexto parece de sublinhar que o tribunal não estava *ainda* a aplicar definitivamente a lei a um conjunto específico de factos, mas apenas a averiguar se tem ou não jurisdição sobre um conjunto de factos que *hipoteticamente*, a serem provados no futuro, poderão levar a uma condenação neles fundada, e ainda que esta primeira decisão não impede o direito dos arguidos a pedir uma reconsideração destes assuntos à luz dos factos particulares a se darem como provados¹⁰⁰⁴. Isto porque as observações gerais frequentemente necessitam de alteração à luz destes factos particulares, os quais podem fornecer um “foco mais concentrado” e desencadear uma “resposta mais matizada”¹⁰⁰⁵.

Claro que, já neste ‘momento jurisdicional’, se os atos imputados claramente não eram puníveis ao tempo, o tribunal podia recusá-los por respeito à tal outra dimensão potencial, qual proteção avançada, do *nullum crimen*. A de que uma acusação, e continuação de um procedimento criminal por factos claramente não criminais, o violaria¹⁰⁰⁶. Possivelmente, proteção esta já salvaguardada de forma suficiente pela proibição de prisão arbitrária¹⁰⁰⁷.

4.1.4.4. As violações graves das Convenções de Genebra e as violações sérias de direito internacional humanitário

¹⁰⁰² Assim, *STL Terrorism*, p. 2.

¹⁰⁰³ Neste sentido, *STL Terrorism*, p. 2.

¹⁰⁰⁴ Cf., também, *STL Terrorism*, p. 11, para. 8. Ter em atenção que na sua decisão o TEL ainda não tinha acesso aos factos alegados pela acusação, pronunciando-se apenas sobre o direito a aplicar no futuro.

¹⁰⁰⁵ *STL Terrorism*, p. 11, para. 9. O TEL alude ainda à faceta deste princípio mais orientada para o julgamento, *in dubio pro reo*, aplicável à avaliação da prova, e ao *in dubio mitius*, aplicável à determinação da culpabilidade e punição. *STL Terrorism*, p. 24, para. 32. E distinguindo-o ainda da sua faceta de *nullum crimen* que proíbe a retroatividade da lei penal. *STL Terrorism*, p. 24, para. 32.

¹⁰⁰⁶ Por exemplo, o artigo 40 (2) da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança estabelece que “os Estados Partes garantem [...] que [...] nenhuma criança *seja suspeita, acusada ou reconhecida como tendo infringido a lei penal* por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não eram proibidas pelo direito nacional ou internacional” (itálicos adicionados).

¹⁰⁰⁷ Cf. a reflexão de GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 378.

As conclusões do tribunal sobre o – “elástico” (‘incluem, mas não se limitam’) e garante de que *todo* o direito internacional *relevante e bem estabelecido* esteja compreendido na jurisdição do tribunal¹⁰⁰⁸ – artigo 3 do seu Estatuto, são as *suas* conclusões sobre *isso* mesmo¹⁰⁰⁹. Mas questiona-se se o tribunal não se deveria ter referido a outras violações do direito internacional humanitário consuetudinário, permanecendo a questão de se, por exemplo, as violações graves das Convenções de Genebra, categoria específica de crimes de guerra¹⁰¹⁰, poderiam ter sido mencionadas como direito costumeiro, para além da sua articulação nesses tratados¹⁰¹¹.

Ao que parece, é normal a afirmação de que, apenas o facto de os delitos descritos nas Convenções de Genebra de 1949 como violações graves se terem tornado parte do direito costumeiro, parece ter sido esquecido no exame do tribunal, ou pelo menos não mencionado¹⁰¹². E, de facto, o tribunal apenas avançou que o “elemento do conflito armado internacional geralmente atribuído às disposições sobre violações graves das Convenções de Genebra é apenas uma função do sistema de jurisdição obrigatória universal que essas disposições criam. A exigência de um conflito armado internacional era uma limitação necessária no sistema de violações graves à luz da intromissão na soberania estatal que tal jurisdição universal obrigatória representa. Os Estados-Partes das Convenções de Genebra de 1949 não quiseram atribuir jurisdição aos outros Estados sobre violações sérias do Direito internacional humanitário cometidas nos seus conflitos armados internos – pelo menos não a jurisdição universal obrigatória envolvida no sistema de violações graves”¹⁰¹³. Quanto à não menção o comentário parece então correto.

E afirmava-se que, ao excluir as infrações graves enquanto direito costumeiro do artigo 3 do seu Estatuto, olhando para as infrações graves como disposições estatutárias e contratuais apenas aplicáveis aos conflitos armados internacionais, o tribunal *aparentemente* acreditaria que o conteúdo do direito costumeiro relativo às violações graves acompanharia o passo do seu conteúdo no tratado¹⁰¹⁴. Acrescentando-se que – embora as disposições convencionais relativas às violações graves envolvam a definição técnica de pessoas e bens protegidos e as obrigações processuais de procedimento penal ou de extradição – o tribunal deveria ter dedicado mais

¹⁰⁰⁸ Assim, O’BRIEN, JAMES, “The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former

Yugoslavia”, *The American Journal of International Law*, vol. 87, n.º 4, 1993, p. 646.

¹⁰⁰⁹ RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 93 afirmam que os delegados da França, RU e EUA – ao votarem a resolução que criou o tribunal – sugeriram, ou declararam, que o tribunal poderia, à luz do artigo 3, asserir jurisdição sobre violações não graves das Convenções de Genebra e sobre violações dos Protocolos.

¹⁰¹⁰ CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, p. 7.

¹⁰¹¹ Questão em MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 242.

¹⁰¹² Afirmação em ALDRICH, GEORGE, “Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *The American Journal of International Law*, vol. 90, n.º 1, 1996, p. 68.

¹⁰¹³ *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 80.

¹⁰¹⁴ Afirmação em MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 243.

tempo a discutir a possibilidade de, divorciadas de alguns dos seus aspetos convencionais e formais, as infrações de direito internacional – listadas como infrações graves – poderem ter uma existência independente como normas consuetudinárias aplicáveis também às violações, pelo menos, do Artigo 3 Comum¹⁰¹⁵. Concluindo-se que – correta ou não – a interpretação rígida do tribunal do seu artigo 2 contrasta fortemente com a sua interpretação expansiva do artigo 3¹⁰¹⁶.

Já quanto ao esquecimento – e se bem se entende o que está subjacente ao raciocínio que se acabou de seguir – o tribunal, ao se referir, no âmbito do artigo 3, a “outras regras costumeiras sobre conflitos internos” parece dar conta do problema, pois seria estranho que o direito costumeiro em matéria criminal sobre conflitos internos¹⁰¹⁷ não compreendesse a violação dos atos descritos como infrações graves nas Convenções de Genebra se os atos em causa representarem uma violação séria do direito internacional humanitário¹⁰¹⁸. É neste sentido que se interpreta a opinião em separado do juiz Abi-Saab que – ao defender a tal “maior coerência jurídica”¹⁰¹⁹ – afirmou que o tribunal constatou que as ‘violações graves’ estariam subsumidas nas ‘violações sérias das leis e costumes de guerra’ e que, desta forma, *relocalizou* o Estatuto de forma firme na tendência moderna que reconhece a identidade essencial de regime jurídico das violações das duas vertentes do *jus in bello*¹⁰²⁰. O juiz asseriu ainda que – embora concordasse com a forma como a decisão retrata a relação entre ‘violações graves’ e ‘violações sérias das leis e costumes de guerra’ (enquanto relação entre *species* e *genus*) e vendo algum mérito em aplicá-las separadamente (as ‘violações graves’ sendo mais concretamente formuladas por referência às disposições pormenorizadas das Convenções de Genebra) – a “divisão de trabalho” entre os dois artigos do Estatuto feita pela decisão é artificial¹⁰²¹. Enfim, o juiz Abi-Saab teria preferido a aplicação do artigo 2, mesmo quando o ato incriminado ocorresse num conflito interno¹⁰²².

Há que salientar ainda que o sistema de infrações graves foi introduzido pelas Convenções de Genebra 1949, e que o seu sistema penal exige que os Estados Partes criminalizem certos atos, e que julguem ou extraditem os seus perpetradores, o que, por um lado,

¹⁰¹⁵ Assim, MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 243.

¹⁰¹⁶ Assim, MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 243.

¹⁰¹⁷ E internacionais claro. Mas estes já estariam compreendidos no seu artigo 2.

¹⁰¹⁸ Cf., também, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 72. O tribunal nos casos subsequentes concretizou esta ideia ao aplicar o seu artigo 3 de modo a compreender potencialmente todos os crimes de Guerra. Cf., também, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 279.

¹⁰¹⁹ Cf., também, ALDRICH, GEORGE, “Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, p. 68.

¹⁰²⁰ Assim, *Tadić Jurisdição Recurso Abi-Saab*, parte IV.

¹⁰²¹ Assim, *Tadić Jurisdição Recurso Abi-Saab*, parte IV.

¹⁰²² Assim, *Tadić Jurisdição Recurso Abi-Saab*, parte IV.

apresenta como vantagem a sua clareza e transparência – o que é muito importante no direito penal – mas, por outro lado, traz a desvantagem da criação da categoria de ‘outras’ infrações, cuja violação não é categoricamente penal¹⁰²³. Enfim, sublinha-se, com acerto, que a introdução do sistema de violações graves não pode alterar a possibilidade de as outras violações poderem ser consideradas como crimes de guerra à luz do direito costumeiro¹⁰²⁴. E afirma-se que, se as violações das leis internacionais da guerra têm tradicionalmente sido consideradas crime nos termos do direito internacional, não há nenhuma razão de princípio, uma vez elas estendidas (ainda que de forma atenuada) ao contexto de conflitos armados internos, para que a sua violação, nesse contexto, não seja um crime, pelo menos na ausência de uma indicação clara em contrário¹⁰²⁵. Além de que não há nem justificativa moral, nem razão jurídica realmente convincente, para tratar os autores de atrocidades em conflitos internos de forma mais leniente do que os autores de atrocidades em guerras internacionais¹⁰²⁶.

Preocupado ou não com que se interpretasse o estatuto de forma demasiado restritiva, neste caso inicial, o tribunal acabaria por não condenar ninguém por crimes de guerra¹⁰²⁷, mas o que é facto é que parece quase inegável que os atos que representem violações *sérias* do *direito internacional – em guerra*, internacional ou interna, e mesmo *em paz* – ‘transportam consigo’ uma responsabilidade de carácter criminal, pelo menos desde Nuremberga e jurisprudência concomitante, e independentemente da qualificação jurídica que se lhes colar.

Daí que não se acompanha, nem o desapontamento pelo facto de a discussão do tribunal, sobre o processo que levou ao reconhecimento de que as violações do direito internacional humanitário podem envolver responsabilidade criminal individual, ter sido demasiado breve¹⁰²⁸, nem a afirmação de que o tribunal se devia ter focado em princípios e regras específicos de Haia, enumerado instrumentos e métodos proibidos, listado armas proibidas, e evitado conclusões mais amplas¹⁰²⁹, pois o objeto da decisão não era o de explicar em pormenor como é que *cada* violação de direito internacional humanitário se metamorfoseou em *crime*. A conclusão *mais ampla* de que só certos princípios e regras se estenderam aos conflitos internos e de que esta

¹⁰²³ Assim, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, p. 564.

¹⁰²⁴ Assim, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, p. 564.

¹⁰²⁵ Assim, GREENWOOD, CHRISTOPHER, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, pp. 280 e 281.

¹⁰²⁶ Assim, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, p. 561.

¹⁰²⁷ Esta sugestão em DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, pp. 32 e 33.

¹⁰²⁸ Mas cf. MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 242.

¹⁰²⁹ MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 243. Já GREENWOOD, CHRISTOPHER, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, p. 277, afirma que o tribunal decidiu discutir longamente a evolução das regras de direito internacional consuetudinário relativa à condução das hostilidades (esfera tradicionalmente conhecida como ‘direito de Haia’) em conflitos internos, não obstante este corpo de direito substantivo não ser relevante para o caso.

transformação teve lugar relativamente à essência das regras é sensata¹⁰³⁰. Tal como a de que o transplante não é completo nem mecânico¹⁰³¹.

Sobretudo num contexto em que não existia dúvida de que os factos alegados na acusação – caso viessem a ser provados – seriam violações do direito aplicável a conflitos armados internos ou internacionais pois, mesmo que se considerasse terem ocorrido em conflito armado interno, existiria uma violação do Artigo 3 Comum¹⁰³².

Sublinhando-se assim que o que está em causa é a proteção do ser-humano em conflito interno, já seria mais duvidoso – tendo em conta o conteúdo do Artigo 3 Comum – que a destruição ou dano intencional de instituições dedicadas à religião¹⁰³³, a destruição parcial de propriedade¹⁰³⁴, os ataques a objetos civis¹⁰³⁵, o trabalho ilegal¹⁰³⁶, a pilhagem¹⁰³⁷ e a interferência com carregamentos de ajuda humanitária como violação da livre passagem prevista no artigo 23 da CG IV¹⁰³⁸, constituíssem comportamentos criminais em conflitos armados não-internacionais à altura dos factos¹⁰³⁹. Menos duvidoso, relativamente ao primeiro, se se tiverem em conta as obrigações que fluem da Convenção de Haia para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, especialmente no seu artigo 19, e no artigo 16 do PA-II e, relativamente aos outros, se se tiver em conta o conteúdo da resolução 2675 e não esquecendo os cuidados adicionais já referidos. A resolução afirmava, entre outros, os seguintes princípios básicos para a proteção das populações civis em conflitos armados: na condução das operações militares, todos os esforços devem ser feitos para poupar a população civil dos estragos da guerra, e devem ser tomadas todas as precauções para evitar lesões, perdas ou danos nas populações civis; as moradias e outras instalações que são usadas apenas por populações civis não devem ser objeto de operações militares; as populações civis, ou membros individuais das mesmas, não devem ser objeto de represálias, transferências forçadas ou outras agressões à sua

¹⁰³⁰ Cf., também, MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 243.

¹⁰³¹ O que casa mal com a afirmação do próprio tribunal de que “com efeito, considerações elementares de humanidade e bom senso tornam prepósteros que a utilização pelos Estados de armas proibidas, em conflitos armados entre si, seja permitida quando os Estados tentam suprimir uma rebelião dos seus próprios nacionais no seu próprio território. O que é desumano e, conseqüentemente, proscrito, em guerras internacionais, não pode deixar de ser desumano e inadmissível em guerra civil” (*Tadić Jurisdição Recurso*, para. 119). Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *Non-International*, pp. 155 e 156. Talvez se deva interpretar esta afirmação do tribunal como um pleito de *lege ferenda* e não *dictum de lege lata*. Cf., também, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, pp. 111 e 112.

¹⁰³² Cf. GREENWOOD, CHRISTOPHER, “International Humanitarian Law and the Tadić Case”, p. 277.

¹⁰³³ ICTY, Decision on Motions for Acquittal Pursuant to Rule 98 bis of the Rules of Procedure and Evidence, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 27 de Setembro, 2004, para. 147.

¹⁰³⁴ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 15 Março de 2006, para. 44. De uma certa perspectiva, este crime também não poderia entrar na jurisdição do tribunal pela porta dos crimes contra a humanidade, os quais compreenderiam tão só factos contra as pessoas e não contra a propriedade. Sobre esta última ideia cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 34.

¹⁰³⁵ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Kupreskić*, 14 de Janeiro 2000, para. 521.

¹⁰³⁶ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Natelić*, 31 de Março 2003, paras. 250 a 261. Segundo RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 72, as condenações de Von Schirach e Sauckel confirmam que, enquanto assunto geral, a organização de trabalho forçado é um crime contra a humanidade.

¹⁰³⁷ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Gotovina*, 15 de Abril 2011, para. 1672.

¹⁰³⁸ O'BRIEN, JAMES, “The International Tribunal”, p. 646.

¹⁰³⁹ Cf., ainda, ICTY, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 11 March 2005, *passim*.

integridade¹⁰⁴⁰. Quanto aos cuidados possivelmente há que acompanhar a afirmação de que as proibições de destruição ou devastação arbitrária e de pilhagem de propriedade pública ou privada protegem valores importantes, mas é necessária uma avaliação caso a caso para determinar se tais atos envolvem consequências graves para as vítimas, o que será sempre o caso se a pilhagem se referir a propriedade de um grande número de pessoas, mesmo na ausência de consequências sérias para cada indivíduo considerado por si mesmo¹⁰⁴¹.

Por outro lado, é inevitável um certo enredar, que dá azo à tal aparência¹⁰⁴², entre a discussão sobre o artigo 3 e o direito costumeiro, pois o tribunal deve averiguar *logo naquele momento* se os factos imputados correspondem a um crime existente no direito costumeiro à data, o que faz do direito costumeiro uma bitola pertinente à avaliação de se as infrações previstas nos estatutos são *ex post facto*¹⁰⁴³, mas possivelmente o tribunal devia ter sido mais cauteloso na distinção entre questões jurisdicionais e substanciais¹⁰⁴⁴. De facto, pode-se avançar que a falha na distinção entre o que é substancialmente crime e o que é jurisdicional sempre enfraqueceu os aspetos penais da lei de guerra¹⁰⁴⁵. Apesar de a ambiguidade poder ter alimentado decisões ‘mais arrojadas’, talvez mais difíceis sem ela, e das quais a decisão em análise é um bom exemplo.

4.1.4.5. Muitas condutas concretas também seriam crimes contra a humanidade

Repare-se ainda que muitas das *condutas concretas* a ser julgadas no que diz respeito ao conflito na Antiga Jugoslávia parecem também, à partida, se encaixar, não só na definição e aplicação de crimes de guerra, como na definição de crimes contra a humanidade resultantes da Carta e dos princípios de Nuremberga. O que significaria que, a não entrarem na jurisdição do tribunal pela ‘porta subsidiária’ do artigo 3 no que diz

¹⁰⁴⁰ *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 111. Da resolução constava ainda que o fornecimento de ajuda internacional à população civil está em conformidade com os princípios humanitários da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos, sendo a Declaração de Princípios para a Ajuda Humanitária Internacional para a População Civil em situações de desastre, tal como previsto na resolução XXVI adotada pela vigésima primeira Conferência Internacional da Cruz Vermelha, aplicável em situações de conflito armado, e todas as partes no conflito devem envidar todos os esforços para facilitar esta aplicação. Cf. *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 111.

¹⁰⁴¹ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Gotovina*, 15 de Abril 2011, para. 1672.

¹⁰⁴² De que o tribunal acreditaria que o conteúdo do direito costumeiro relativo às violações graves acompanharia o passo do homólogo conteúdo no tratado.

¹⁰⁴³ Assim, MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 247. Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 375, marg. 993.

¹⁰⁴⁴ Assim, MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 243, considera problemático o enredo, pelo tribunal, entre a análise do artigo 3 e o direito costumeiro.

¹⁰⁴⁵ Assim, MERON, THEODOR, “International Criminalization”, p. 561.

respeito a violações do direito internacional humanitário relativas a conflitos internos, entrariam ‘pela porta’ do artigo 5 dos crimes contra a humanidade¹⁰⁴⁶.

Aqui é relevante a interpretação da cláusula de perseguição prevista em Nuremberga como dirigida para atos que não envolvem uma significativa invasão da vida ou liberdade, mas que se tornam crimes contra a humanidade quando são levados a cabo por razões discriminatórias¹⁰⁴⁷, ou seja, atos não considerados como desumanos sem este elemento adicional, incluindo-se aqui atos não-físicos de discriminação económica, linguística ou cultural, tais como a proibição de culto religioso ou do uso de uma língua nacional, mesmo em privado; a destruição sistemática de monumentos ou edifícios representativos de um determinado grupo social, religioso, cultural ou outro, as limitações sobre as profissões a que membros de determinados grupos podem aceder, as restrições sobre a vida familiar, a pilhagem de bens, a imposição de multas coletivas, etc.¹⁰⁴⁸.

Enfim, e isso parece passar a maioria das vezes despercebido, se Tadić, por exemplo, no contexto de um ataque organizado contra a população civil for condenado por um crime de guerra de homicídio contra um civil aplicado retroativamente ele não está a ser punido por uma *conduta não criminal* à altura do seu cometimento pois não há dúvida de que o crime contra a humanidade de homicídio se aplica também caso o facto tenha ocorrido no decurso de um conflito interno¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁶ Cf., também, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, pp. 560 e 561.

¹⁰⁴⁷ RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 64 avançam que a bifurcação prevista na Carta faz sentido pois há atos que são tão hediondos e destrutivos da humanidade da pessoa que são crimes *per se*, enquanto outros são crimes porque a ofensa à vítima é baseada em considerações políticas, raciais ou religiosas e assim atacam a humanidade através de alguns dos grupos mais básicos em que ela se organiza.

¹⁰⁴⁸ Cf., sobre esta interpretação no contexto do ETPIAJ, SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity”, p. 839, n. 257. Com uma leitura adicional. Atos de discriminação económica e política que teriam impacto na “vida e liberdade” das vítimas “de uma forma global”; um ato que, por si só, não pode ser considerado crime internacional, pode ser crime em virtude do seu efeito cumulativo; pode existir uma campanha de perseguição que compreenda atos que individualmente não equivalham a perseguição, mas já se considerados em conjunto a resposta seria afirmativa; os atos subjacentes têm que ser suficientemente graves para afetar a vida e liberdade das vítimas, embora não tenha de ser um ato físico contra elas. Cf., sobre esta interpretação da jurisprudência de Nuremberga, SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, pp. 196 a 198. Mas cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 32, que considera que um crime rotulado como ‘perseguição’ só pode ser definido por referência a um outro crime comum em que a perseguição é uma característica adicional que justifica dar ao crime um carácter diferente que resulta numa pena mais elevada.

¹⁰⁴⁹ O que poderá já ser mais difícil é consentir, de forma satisfatória, que pela mesma conduta ele seja condenado pelos dois. Mas a doutrina em geral não parece encontrar grande problema em relação a este facto, pois considera-se que a condenação por ambos os crimes é exigida de forma a expressar adequadamente o mal em causa. Cf., por exemplo, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 526 e 527, marg. 1429. As sobreposições, lacunas e ambiguidades na regulação dos diversos crimes internacionais são refletidas em acusações cumulativas, as quais dão lugar, desde o julgamento do TMI, a condenações múltiplas pela mesma conduta subjacente. Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 455 e 456.

Assim, a afirmação de jurisdição sobre violações *sérias* do direito internacional – sejam elas cometidas em conflito armado internacional ou interno – só se pode considerar como normal e como compreendendo jurisdição sobre factos que violam as proibições aplicáveis a conflitos internos e que, eventualmente, correspondam às proibições sobre violações graves das convenções aplicáveis em conflito internacional.

Repare-se que, mesmo para aqueles que achem que a conexão com um crime de guerra seja ainda necessária para os crimes contra a humanidade, certamente que qualquer dos atos em causa – se praticados no decurso de um conflito que fosse caracterizado como interno – teriam provavelmente ligação com o conflito internacional mais vasto na Antiga Jugoslávia¹⁰⁵⁰. De qualquer forma, mesmo que não se compreenda a exigência da ‘conexão com a guerra’ em Nuremberga como um requisito jurisdicional – mas como elemento substancial dos crimes contra a humanidade – ter-se-á dificuldade em sustentar que esse elemento sobreviveu até à década de 90. Se a CC10 e jurisprudência acompanhante não bastassem poder-se-ia avançar que os posteriores desenvolvimentos – como o *Draft Code of Offences* de 1954¹⁰⁵¹, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade e ainda a Convenção sobre o Apartheid de 1973 – não deixariam margem para tal posição¹⁰⁵², pois nenhuma das definições exige cometimento em contexto de conflito armado¹⁰⁵³. Já há muito que a discussão tinha passado da exigência de um ‘nexo com a guerra’ para a de qual o elemento correto para os distinguir de meros crimes domésticos¹⁰⁵⁴.

Daí que a surpresa poderia outrossim vir, não só da redação do artigo 5 do Estatuto¹⁰⁵⁵, mas também do tribunal que – apesar de ter afirmado que é “agora uma regra decidida de direito

¹⁰⁵⁰ Cf., também, ao que se entende de forma idêntica, MERON, THEODOR, “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, p. 86.

¹⁰⁵¹ AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, vol. II, Oxford University Press, 2014, p. 52 considera que aqui se torna claro que as clássicas leis da guerra foram progressivamente substituídas pelo então novo direito internacional humanitário.

¹⁰⁵² Mas cf. LETTER FROM THE PERMANENT REPRESENTATIVE OF THE RUSSIAN FEDERATION TO THE SECRETARY-GENERAL (Apr. 5, 1993), UN Doc. S/25537, p. 15, referida em O’BRIEN, JAMES, “The International Tribunal”, p. 648, e que definia os crimes contra a humanidade por referência ao direito internacional consuetudinário como refletido na Carta.

¹⁰⁵³ WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 330, marg. 874.

¹⁰⁵⁴ Sobre as discussões pós segunda guerra até à elaboração do *Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind* em 1996, cf., todavia, SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity”, pp. 819 a 826, que propõe a data deste último como o momento em que o ‘nexo de guerra’ foi definitivamente eliminado. Cf., também, HERIK, LARISSA, “Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity”, p. 82, n. 10, referindo-se a opinião de que – apesar de no *Draft Code of the ILC* de 1954 a ênfase ter estado no envolvimento ativo ou passivo das autoridades dos estados – isso não significa, bem pelo contrário, que houvesse consenso claro e geral acerca da não exigência do nexo com o conflito armado. Sobre isto cf. FORD, STUART, “Crimes Against Humanity at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Is a Connection With Armed Conflict Required?”, *Pacific Basin Law Journal*, vol. 24, 2006, pp. 153 a 158. Cf., também, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, pp. 52 a 59.

¹⁰⁵⁵ O qual, ao ser interpretado como replicando direito costumeiro, significaria uma regressão relativamente à Carta, em que os crimes contra a humanidade podiam ser cometidos antes de uma guerra. Mas mais bem interpretado à luz da “natureza situacional” do Estatuto. Cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 331, marg. 876, que acrescenta que o artigo 3 do ETPIR,

costumeiro internacional que os crimes contra a humanidade não exigem uma conexão com conflitos armados internacionais” e que “o artigo 5 visaria reintroduzir um nexos com o conflito armado que já não seria exigido pelo direito costumeiro”¹⁰⁵⁶ – depois, com aquela timidez, adiantou que “o direito costumeiro *poderá* não exigir uma conexão entre os crimes contra a humanidade e um qualquer conflito”¹⁰⁵⁷. Já mais tarde, com mais convicção, o TPIAJ afirmou que a conexão é um “puro requisito jurisdicional”¹⁰⁵⁸.

Por último cabe realçar que – com uma abordagem em que se salienta que se estão a aplicar os critérios para averiguar se existe responsabilidade criminal relativamente às condutas em questão, ou seja, aos factos de que alegadamente Tadić seria culpado – a circunstância de que tais factos também eram puníveis na República Socialista Federal da Jugoslávia e na República da Bósnia-Herzegovina¹⁰⁵⁹, com certeza não foi obstáculo a algumas eventuais liberalidades.

4.2. *Hadžihasanović*¹⁰⁶⁰ – responsabilidade de comando em conflitos internos¹⁰⁶¹

Considerando que, durante o período relevante para o caso, o direito costumeiro internacional incluía o conceito de responsabilidade por comando em relação a crimes de guerra cometidos no curso de um conflito armado internacional e que – sendo assim – seria aplicável a crimes de guerra correspondentes às proibições enumeradas no Artigo 3 Comum quando cometidas no curso de um conflito armado internacional, o tribunal afirmou que *seria difícil ver* por que é que o conceito não se aplicaria igualmente às violações das mesmas proibições quando cometidas no decorrer de um conflito armado interno (para. 13).

A questão basear-se-ia no *duplo princípio do comando responsável* e seu corolário da *responsabilidade por comando* e seria *suficiente* notar que o princípio de

que não exige tal conexão, evita qualquer mal-entendido. As razões da linguagem tímida do artigo 5 também terão a ver com o facto de ‘o seu redator’ ter sido Bassiouni. Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. xxxii.

¹⁰⁵⁶ *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 78.

¹⁰⁵⁷ *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 141 (itálicos adicionados).

¹⁰⁵⁸ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Kunarac*, 12 de Junho 2002, para. 83.

¹⁰⁵⁹ Mas cf. HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court for Sierra Leone’s Decision in *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*”, *Leiden Journal of International Law* 18, 2005, p. 296, n. 78.

¹⁰⁶⁰ *Hadžihasanović Jurisdição Recurso*.

¹⁰⁶¹ Os arguidos alegaram que o direito internacional humanitário não permitia que os superiores fossem acusados por atos dos seus subordinados em conflitos armados não internacionais, principalmente porque o PA-I, aplicável a conflitos internacionais, é o primeiro e único tratado de direito internacional humanitário que estabelece os elementos da responsabilidade do superior. Cf. SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 141.

comando responsável foi incorporado no artigo 1 RH que estabelece que as leis, direitos e deveres de guerra não se aplicam somente aos exércitos, *mas também às milícias e corpos de voluntários que sejam comandados por uma pessoa responsável pelos seus subordinados*, e que o artigo 43 (1) PA-I, do mesmo modo, estabelece que as forças armadas de uma parte de um conflito incluem *todas as forças armadas, grupos organizados e unidades que estão sob um comando responsável* dessa parte pela conduta dos seus subordinados (para. 14).

A posição não seria diferente no que diz respeito aos conflitos armados internos, pois o comando responsável seria uma *noção integrante* da proibição imposta pelo Artigo 3 Comum de fazer certas coisas no curso de um conflito armado interno (para. 15).

Referindo-se aos critérios para determinar se houve um conflito armado de caráter não internacional, na aceção da referida disposição, o Comentário do CICV alude, com autoridade, a uma parte em revolta possuir uma força militar organizada, uma autoridade responsável pelos seus atos, atuar dentro de um território determinado e ter os meios de fazer respeitar e garantir o respeito pela convenção, acrescentando-se que o artigo 1 (1) PA-II, da mesma forma, se refere às *forças armadas e forças armadas dissidentes ou outros grupos armados organizados* que, sob comando responsável, exerçam tal controle sobre uma parte do seu território, podendo assim realizar operações militares sustentadas e concertadas (para. 15).

Assim, se o artigo 3 do Estatuto se refere a crimes de guerra cometidos no curso de um conflito armado internacional – ou a crimes de guerra cometidos no curso de conflito armado interno nos termos do Artigo 3 Comum – *assume* que há uma força militar organizada, sendo *evidente* que não pode haver uma força militar organizada a não ser na base de um comando responsável e sendo *também razoável* sustentar que é o comando responsável o que leva à responsabilidade pelo comando (para. 16).

Aceitando-se como verdade que, a nível nacional, a maioria dos estados não têm legislado para impor responsabilidade de comando como contraparte do comando responsável em conflitos internos, essa consideração não afeta o facto de, a nível internacional, *eles terem aceitado* que – enquanto questão de direito costumeiro – certos aspetos do direito internacional (incluindo o conceito de responsabilidade por comando) regem a conduta de um conflito armado interno (para. 17).

Considera-se ainda que, *na ausência de algo em contrário*, é tarefa de um tribunal interpretar a prática estatal subjacente e a *opinio iuris* (relativa à exigência de que uma força militar em conflito interno seja organizada) como tendo o seu *significado normal* de que a

organização militar *implica* comando responsável e que comando responsável por sua vez *implica* responsabilidade de comando (para. 17).

Em suma, sempre que o direito costumeiro internacional *reconhece* que um crime de guerra pode ser cometido por um membro de uma força militar organizada, *reconhece também* que o comandante pode ser penalmente sancionado (para. 18). O direito costumeiro internacional *reconhece* que alguns crimes de guerra podem ser cometidos por um membro de uma força militar organizada no curso de um conflito armado interno, e portanto, *também reconhece* que pode haver responsabilidade de comando em relação a tais crimes (para. 18), residindo o fundamento da responsabilidade do comandante nas suas obrigações enquanto comandante das tropas *e não no teatro particular* em que o ato foi cometido por um membro desta força militar (para. 20).

O tribunal reconhece ainda que há uma diferença entre os conceitos de comando responsável e responsabilidade de comando devido ao facto de que o conceito de comando responsável olha para as obrigações compreendidas na ideia de comando, enquanto a de responsabilidade de comando olha para a responsabilidade que flui da violação dos deveres, mas afirma que os elementos de responsabilidade de comando são *derivados* dos elementos do comando responsável (para. 22).

4.3. *Karemera*¹⁰⁶² – empresa criminal conjunta em conflitos internos¹⁰⁶³

O tribunal observou que o raciocínio subjacente à ECC, que se refere explicitamente a situações de guerra, *não pode ser diferente* em relação a conflitos armados internos, pois a gravidade da participação numa ECC *não pode depender* da natureza do conflito (para. 36), considerando que qualquer agressor potencial seria capaz de entender que a criminalização de atos de tal gravidade *não dependeria da*

¹⁰⁶² ICTR, Decision on Defense's Preliminary Motions Challenging Jurisdiction: Joint Criminal Enterprise, *Prosecutor v. Karemera*, 11 de Março 2004.

¹⁰⁶³ A noção de empresa criminal conjunta, talvez um novo nome para a uma espécie de cumplicidade¹⁰⁶³ ou forma de comparticipação, abrange três categorias diferentes: os chamados casos de campos de concentração (ECC II), a empresa criminosa conjunta *stricto sensu* (ECC I) e a empresa criminosa conjunta estendida (ECC III). Existe uma ECC *stricto sensu* quando um grupo de pessoas compartilhar a intenção de cometer um crime de direito internacional e o crime é realizado de acordo com um plano comum; a ECC estendida tem lugar quando um coautor ultrapassa o âmbito do plano comum, de uma forma que pode ser considerada como consequência natural e previsível da efetivação desse objetivo comum; os chamados casos de campos de concentração incluem crimes cometidos por várias pessoas, especialmente os membros das unidades militares ou administrativas, como parte de sistemas de maltratamento. Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 202 e 203, margs. 533 a 535.

natureza internacional ou interna do conflito armado (para. 44) e concluindo que a aplicação da ECC a conflitos armados internos não viola o *nullum crimen* (para. 45).

4.4. Conclusões

Dir-se-ia que da jurisprudência *Tadić*, *Hadžihasanović* e *Karemera* resulta a fusão, no essencial, do direito relevante em conflitos internacionais e não internacionais¹⁰⁶⁴.

4.4.1. A crítica, mais ou menos consciente ou explícita, à fusão

Partindo da asserção em *Celebicić* – de que manter uma distinção entre os regimes jurídicos do conflito armado internacional e do conflito armado interno, e suas consequências penais, em relação a atos da mesma forma ultrajantes, por causa da diferença na natureza dos conflitos, seria ignorar o propósito das Convenções de Genebra, a proteção da dignidade da pessoa humana – sublinha-se que estas contêm mais de 300 artigos que regulam um conflito armado internacional mas apenas um pequeno artigo relativo aos conflitos internos, adotado apenas após debate com acrimónia¹⁰⁶⁵. E ainda que as convenções *criminalizam* algumas violações em conflitos internacionais mas, intencionalmente, não o fazem relativamente a conflitos internos, declarando-se que “estica a credibilidade” sugerir que o “vero propósito delas logicamente obriga a um resultado tão profundamente contrariado pelos termos das próprias”¹⁰⁶⁶.

De forma ainda mais explícita, e com referência, em especial, à decisão já comentada em *Tadić*, avança-se que esta preencheu um vazio moral e jurídico mas que – conjuntamente com outras decisões – o fez à custa de honestidade intelectual e, possivelmente, em detrimento dos direitos de processo justo dos arguidos, fingindo os juízes estar apenas a aplicar a lei existente e não a fazê-la¹⁰⁶⁷.

De forma diferente – já não sob formulação negativa mas que acaba por o ser – avança-se que, numa busca por coerência, o TPIAJ tomou decisões que tornam o direito penal internacional num corpo de direito “mais compreensivo e holístico”, utilizando

¹⁰⁶⁴ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 154.

¹⁰⁶⁵ Sublinhado em, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *Identity*, p. 935.

¹⁰⁶⁶ ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 935.

¹⁰⁶⁷ Assiim, MILANOVIĆ, MARKO, “Aggression and Legality, Custom in Kampala”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, p. 167.

uma norma de um contexto (conflitos internacionais) para providenciar uma norma de decisão e aviso justo para um outro contexto (conflitos internos), e isto independentemente de os estados poderem ter tido motivos para criar um regime jurídico distinto¹⁰⁶⁸.

Assume-se, e focando agora na responsabilidade por comando¹⁰⁶⁹, que o TPIAJ ignorou razões óbvias pelas quais os estados optaram por não aplicar a doutrina aos conflitos armados não-internacionais aquando da elaboração PA-II, sustentando-se que os estados – além de historicamente terem tido maior relutância em desenvolver regras obrigatórias no que diz respeito a conflitos internos – podem ter considerado a doutrina inaplicável em tais conflitos, nos quais as forças armadas podem ser desorganizadas e espontâneas, e as linhas de autoridade podem ser autoproclamadas, *de facto* e descentralizadas, sendo que o princípio da unidade de comando – que afirma que há apenas um chefe num determinado nível de hierarquia militar com autoridade de comando sobre os subordinados – pode estar diminuído, ou totalmente ausente, no contexto de um conflito armado não-internacional¹⁰⁷⁰.

De forma mais suave, como que se constata que os desenvolvimentos recentes mostram que as regras costumeiras podem entrar em existência rapidamente, seja devido à urgência em lidar com novos desenvolvimentos de tecnologia, seja como resultado da urgência em lidar com sentimentos generalizados de repúdio e indignação em relação a crimes cometidos em conflitos, como os do Ruanda e da Antiga Jugoslávia¹⁰⁷¹.

4.4.2. Nuremberga, Nuremberga, Nuremberga

Começando-se pelas ideias do penúltimo parágrafo, não parece que o tribunal, em *Hadžihasanović*, tenha ignorado qualquer coisa ou tenha passado por cima do problema¹⁰⁷², mas tão-só considerado que todas essas ideias eram não decisivas. As razões que militam contra a existência de responsabilidade nos casos apontados, militam a favor dela – apesar de ser um conflito armado interno – caso as forças

¹⁰⁶⁸ ASSIM, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 155.

¹⁰⁶⁹ SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 142, salienta que o tribunal atingiu a conclusão que atingiu apesar de no inquérito feito nenhum estado ter arguido, ou reconhecido, a aplicabilidade da doutrina aos conflitos não internacionais.

¹⁰⁷⁰ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 145.

¹⁰⁷¹ Assim, TREVES, TULLIO, “*Customary International Law*”, para. 24.

¹⁰⁷² Mas cf. AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, 232.

armadas em causa apresentem as características que normalmente levariam à responsabilidade por comando num conflito armado internacional.

Pode-se olhar para as ‘dificuldades de ver’, as ‘evidências’, ‘aceitações’, ‘reconhecimentos’, ‘implicações’, ‘derivações’, como desconcertantes, mas os tribunais têm de fazer sentido do direito que aplicam e, em direito internacional, têm de, ao procurar a norma internacional, olhar não só para as razões pelas quais os estados podem não ter regulado determinado assunto, mas também de se perguntar se, a não regulação desse assunto num tratado, é mesmo indício de que o assunto não está regulado. Neste processo, o tribunal pode muito bem chegar à conclusão, se caso disso, de que as razões da não regulação no tratado, não se prendiam com uma qualquer negação de que um superior deixasse de ser responsável criminalmente só porque o contexto era interno, mas com outras razões, como, por exemplo, a de os estados terem relutância ou falta de vontade em regular os conflitos internos por tratado. Ou seja, a existência de uma norma penal internacional não depende, *como desde de Nuremberga é claro*, de os estados terem ou não terem regulado expressamente um assunto num tratado.

De forma subtil, mas corrosiva, sugere-se que o passo do tribunal – em relação à circunstância de a existência de comando responsável em conflitos internos implicar a existência de responsabilidade por comando nos mesmos – exigiu um “nível alargado de dedutivismo”, o que, apesar de não ser necessariamente um erro, é um raciocínio que deixa algo a desejar¹⁰⁷³.

Mas não se vê que mais se podia ter dito. No fundo, o tribunal olhou para as disposições das convenções e protocolos referidos e respondeu negativamente à pergunta sobre se seria possível que os estados tivessem querido excluir a responsabilidade por comando quando o conflito fosse meramente interno, ‘afirmando’ que, à luz dos numerosos e fortes *indicia* da aceitação geral dos estados do contrário¹⁰⁷⁴, essa responsabilidade existe.

Numerosos ou não os *indicia*, seria estranha uma conclusão contrária, que não seria suportada por *um indicium* fortíssimo: o Artigo 3 Comum. Sublinhando-se a nota de que uma regra específica de direito internacional implica a sua interpretação em

¹⁰⁷³ 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. 164.

¹⁰⁷⁴ Afirmação de MERON, THEODOR, “Revival of Customary Humanitarian Law”, *99 The American Journal of International Law* 817, 2005, p. 824, o presidente do tribunal no caso.

interdependência com o sistema de direito internacional¹⁰⁷⁵, parece de afirmar que a ideia de que o artigo – quando se refere às forças armadas – como que assume que elas são desorganizadas e sob um comando irresponsável, não pode ser defendida. Tal qual a ideia de que, uma vez ‘estendidas’ as leis da guerra aos conflitos internos, a sua pedra angular, a responsabilidade inerente ao comando, poderia ficar de fora. Se há regulação de guerra tradicional, tal como a relativa aos prisioneiros de guerra¹⁰⁷⁶, à neutralidade e à ocupação, cuja acomodação para o contexto de conflito armado interno não parece poder ou dever ter lugar, há outra cuja adaptação não só pode ter lugar como não deve deixar de o ter, pois de outra forma aquela regulação neste contexto não faria sentido. Tal é o caso da responsabilidade de comando. É impossível, para o autor desta tese, imaginar que faça algum sentido a aplicação de qualquer lei da guerra sem esta base. Sem comando há anarquia e caos¹⁰⁷⁷ e não propriamente guerra.

Era portanto claro, e não tão-só razoável como sustentado pelo tribunal¹⁰⁷⁸, que a responsabilidade por comando também existe em conflitos internos.

À partida é verdade que – estando o artigo 7 (3) do Estatuto arquitetado de modo a que a responsabilidade por comando abranja qualquer crime cometido por subordinados que caia na jurisdição do tribunal – basta mostrar que um crime cometido num conflito interno aí caiba para asserir jurisdição sobre o comandante que falhe a prevenção ou a punição desse crime¹⁰⁷⁹, mas também é verdade que, em cada caso concreto, qualquer falha cognitiva do comandante quanto às consequências jurídicas da sua conduta é tomada em consideração no âmbito de uma eventual exclusão da responsabilidade. Ora, é isto que verdadeiramente importa em termos de *nullum crimen*, bem como a circunstância de a decisão *lógica* do tribunal ser suportada também por uma interpretação tanto *claramente razoável* como *razoavelmente clara* do ‘direito de

¹⁰⁷⁵ Nota de KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 12.

¹⁰⁷⁶ Relativamente à aplicação deste *status* a conflitos internos há dificuldades de monta. Sobre estas, cf., por exemplo, BAXTER, RICHARD, “*Ius in Bello Interno: the Present and Future Law*” (1974), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013, pp. 269 e 270. A transposição de regras de um tipo de conflitos para os outros, não só só tem lugar quanto à essência das regras, como também somente quando tal seja possível. Contudo, as dificuldades porventura não serão inultrapassáveis e, possivelmente, uma regra costumeira poderá estar a surgir nesta matéria. Aparentemente, em ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin*, 5 de Maio 2009, para. 70, o tribunal parece ter aberto porta a esta possibilidade. Cf., também, CASSESE, ANTONIO, “Should Rebels be Treated as Criminals? Some Modest Proposals for Rendering Internal Armed Conflicts Less Inhumane”, *Cassese (ed), Realizing Utopia: The Future of International Law*, 2012, criticando a ambiguidade do tribunal. Mas talvez o resguardo tenha sido avisado. Cf., também, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 132.

¹⁰⁷⁷ Cf., também, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 33.

¹⁰⁷⁸ Cf. *infra* Parte V, 1.4.6.3. e 1.4.7.

¹⁰⁷⁹ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 33.

letra preta' em vigor ao momento dos factos. Talvez neste contexto seja indicado recordar as palavras do juiz soviético que se sentaria em Nuremberga quando sublinhou que os juízes do caso seriam juízes especiais, que não vão estar sujeitos às regras comuns e aos princípios dos juízes britânicos, americanos, franceses, ou soviéticos, mas certamente serão capazes de tirar conclusões e – embora um juiz nacional talvez não o possa – o juiz internacional deve encontrar o seu caminho “*através disto*”¹⁰⁸⁰.

As anteriores intenções dos estados não se buscam só nos tratados. O que ainda se esquece é que, em direito internacional, a norma não tem de estar escrita preto no branco e que o método de procurar em diferentes lados pistas para chegar à norma jurídica internacional que se vai aplicar ao caso concreto foi reconhecido pela comunidade internacional no seu todo com a sua aceitação de Nuremberga¹⁰⁸¹. Quer a doutrina goste ou não goste de um direito criminal que não é a preto e branco, os factos são que o direito penal internacional não o é e que o acerto de uma decisão que condena por um certo crime resulta mais, não da circunstância de ser o resultado de uma clara aplicação dedutiva de uma disposição escrita, mas de uma busca que, tendo em conta todo o direito existente no momento dos factos, conclua com clareza que a criminalidade daquele facto é a melhor norma de decisão para aplicação ao caso concreto.

É verdade que, se os estados sentirem que o direito costumeiro “*eleva a fasquia*”, de tal forma que estão a ser impostas exigências que eles *não estão preparados para aceitar* a uma mesa de conferência por razões práticas, então toda a estrutura do direito costumeiro pode ser posta em causa¹⁰⁸².

Porém, é de realçar que parecem ser menos os estados e mais uma parte da doutrina que não está preparada e se sobressalta. Como as fontes do direito criminal

¹⁰⁸⁰ Palavras do General Nikitchenko, INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Minutes of Conference Session of July 16, 1945* (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack30.asp>). Certamente que muitos dos juízes em Nuremberga e Haia se sentiram – e talvez, de alguma forma, foram – ‘especiais’, o que só pode ser visto como normal nas circunstâncias. Por exemplo, noticia-se que Cassese foi cândido ao admitir que levou a criatividade judicial um passo mais à frente (Cf. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 318), mas o que é de sublinhar é que, se se aceitar que esse passo de facto existiu, ele foi muito semelhante ao de Nuremberga e, na perspetiva desta tese, tão normal como este.

¹⁰⁸¹ O momento mais oficial desta aceitação é a 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.

¹⁰⁸² Assim, DARCY, SHANE, “The Reinvention of War Crimes by the International Criminal Tribunals”, p. 128.

internacional são aquelas que os estados aceitam¹⁰⁸³, e como não há sinal de que os estados sejam contra os métodos usados em Nuremberga e agora nos TPIs, as vozes mais críticas podem ser *ponderadas* relativamente ao que *devia* ser direito, mas já não são justificadas relativamente ao que *é* direito. Este compreende não só *o que se pode ou não fazer* mas também os *métodos pelos quais os tribunais decidem* o que se podia ou não ter feito. Neste sentido, a aplicação e interpretação de direito pelos tribunais é sempre *ex post facto*. Mas *só* neste sentido, no sentido de que a necessidade de aplicação de direito num tribunal resulta sempre de um passado¹⁰⁸⁴.

Inegável é que a forma como se olha para a legitimidade de uma decisão de um destes tribunais e da norma de decisão criada para o caso concreto, depende menos da lisura matemática de encaixar um facto num enunciado, e mais do poder de persuasão inerente ao raciocínio decisório, capaz ou incapaz de convencer que a norma criminal não escrita já existia no momento dos factos¹⁰⁸⁵.

Que para essa persuasão se possa aceitar o argumento de que ‘não se vê muito bem porque é que o princípio existente numa situação regulada por escrito não se deve aplicar à situação aparentemente não regulada por escrito mas idêntica’, depende mesmo de se se conseguir convencer de que a situação é idêntica, de que o princípio se devia aplicar *e de que a melhor interpretação é a de que se aplicava mesmo* no momento dos factos, apesar de *nunca antes* o ter sido.

Tal como em Nuremberga faltava um precedente judicial a dizer que a guerra agressiva era crime e que os crimes contra a humanidade existiam, antes de *Tadić*, *Karemera* e *Hadžihanović*, faltava um precedente judicial a dizer que uma parte das regras escritas que muitos pensavam ser só aplicáveis a conflito internacional armado,

¹⁰⁸³ A “autoridade geral” do costume deriva do facto de a “formação-de-costume” ter sido adotada pela comunidade internacional como um todo como método apropriado de criação de regras. Assim, FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2011, p. 244. O mesmo se poderia dizer da ‘formação-de-princípios gerais’.

¹⁰⁸⁴ Cf., também, HALL, JEROME, “Nulla Poena Sine Lege”, *The Yale Law Journal*, vol. 47, n.º 2, 1937, p. 171. A aplicação e interpretação do direito foram sempre inerentes à função judicial. Curiosamente, Cassese afirma que os tribunais penais internacionais, de uma certa forma, têm de desempenhar um papel que vai além do papel tradicional do juiz de aplicar e interpretar o direito existente. Cf. JUDGES IN CONTEMPORARY DEMOCRACY: AN INTERNATIONAL CONVERSATION, pp. 212 e 213. Aparte os excessos positivistas que reduzem o juiz à “boca da lei”, o papel do juiz, hoje como ontem, só pode ser o de aplicar e interpretar a lei e contribuir para o seu desenvolvimento progressivo. Com mais acerto, Cassese também afirma que alguns dos pontos de vista expressos na jurisprudência de *Tadić* podem ser considerados inovadores no sentido de que vão para além do que alguns comentadores mais tradicionais consideram ser o estado presente do direito internacional humanitário. CASSESE, ANTONIO, “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Implementation of International Humanitarian Law”, in Condorelli and others (eds), *Les Nations Unies et le Droit International Humanitaire*, 1996, p. 233 *apud* DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 138.

¹⁰⁸⁵ Cf. *infra* Parte V, 1.4.

porque só escritas a preto e branco para estes, também têm umas costumeiras equivalentes que se aplicam ao conflito interno. O que só sublinha, mais uma vez, que muito do previsto em tratados antes de o ser escrito já era norma.

5. O costume

5.1. Norman¹⁰⁸⁶

5.1.1. Disposições relevantes¹⁰⁸⁷

Convenção de Genebra IV de 1949

Em tempo de paz, as Partes contratantes e, depois do início das hostilidades, as Partes no conflito, poderão estabelecer no seu próprio território e, se houver necessidade, nos territórios ocupados, zonas e localidades sanitárias e de segurança organizadas de modo a proteger dos efeitos da guerra os feridos e os doentes, os enfermos, os velhos, *as crianças com menos de 15 anos*, as mulheres grávidas e as mães de crianças com menos de 7 anos (artigo 14).

As Partes no conflito tomarão as disposições necessárias para que as *crianças com menos de 15 anos* que fiquem órfãs ou separadas de suas famílias em consequência da guerra não sejam abandonadas a si próprias para que sejam facilitadas, em todas as circunstâncias, a sua manutenção, a prática da sua religião e a sua educação. Esta será, tanto quanto possível, confiada a pessoas da mesma tradição cultural (artigo 24).

A Potência ocupante *não poderá obrigar as pessoas protegidas* a servirem nas suas forças armadas ou auxiliares. Toda a pressão ou propaganda destinada a conseguir alistamentos voluntários é proibida (artigo 51).

Protocolos Adicionais de 1977

As Partes no conflito tomarão todas as medidas possíveis na prática para que as crianças de menos de 15 anos não participem diretamente nas hostilidades, abstando-se nomeadamente de as recrutar para as suas forças armadas. Quando incorporarem pessoas de mais de 15 anos, mas de menos de 18 anos, as Partes no conflito esforçar-se-ão por dar a prioridade aos mais velhos (Artigo 77 (2) do PA-I).

Se, em casos excecionais e apesar das disposições no número 2, crianças que não tenham 15 anos completos participarem diretamente nas hostilidades e caírem em poder de uma Parte adversa, continuarão a beneficiar da proteção especial assegurada pelo presente artigo, quer sejam ou não prisioneiros de guerra (Artigo 77 (3) do PA-I).

As crianças de menos de 15 anos não serão recrutadas para as forças ou grupos armados, nem autorizadas a tomar parte nas hostilidades (artigo 4 (3) (f) do PA-II).

Artigo 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (CDC)

¹⁰⁸⁶ Sam Hinga Norman, ex-líder das Forças de Defesa Civil, uma milícia pró-governo, foi acusado de utilizar sistematicamente crianças em combate armado, uma característica definidora da guerra civil na Serra Leoa que durou uma década e em que mais de dez mil crianças serviram como soldados nas três grandes forças armadas do país. O artigo 4 do estatuto do tribunal estabelece que recrutar ou alistar crianças menores de 15 anos nas forças armadas ou grupos, ou os utilizar para participar ativamente nas hostilidades, é um crime. Norman contestou a acusação por falta de jurisdição, com fundamento no *nullum crimen*, não contestando que o direito internacional humanitário proibia o recrutamento de crianças com idade inferior a 15 anos, no momento em que ele atuou, mas que tais atos não eram criminais à luz do direito internacional humanitário. Informação nesta nota de rodapé em SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 16.

¹⁰⁸⁷ Itálicos nas disposições adicionados.

1. Os Estados Partes comprometem-se a *respeitar e a fazer respeitar as normas de direito humanitário internacional* que lhes sejam aplicáveis em caso de conflito armado e que se mostrem relevantes para a criança.

2. Os Estados Partes *tomarão todas as medidas possíveis na prática para garantir que nenhuma criança com menos de 15 anos participe diretamente nas hostilidades.*

3. Os Estados Partes *abster-se-ão de recrutar para as suas forças armadas qualquer pessoa que não tenha atingido a idade de 15 anos.* Em caso de recrutamento de pessoas de idade superior a 15 anos e inferior a 18 anos, os Estados Partes procurarão dar prioridade aos 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 tomarão todas as medidas possíveis na prática *para assegurar proteção e assistência às crianças afetadas por um conflito armado.*

Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança de 1990

Artigo 2 (Definição do Conceito Criança)

Para os propósitos julgados importantes na presente Carta, ser uma criança significa todo o ser humano *com uma idade inferior a 18 anos de idade.*

Artigo 22 (Conflitos armados)

1. Os Estados Partes na presente Carta *garantirão e assegurarão o respeito pelas normas e leis de Direito internacional humanitário que sejam aplicáveis em caso de conflitos armados que afectem a criança.*

2. Os Estados Partes na presente Carta *assegurarão todas as medidas adequadas por forma a que nenhuma criança participe diretamente nas hostilidades e esteja isenta em particular de ser recrutada.*

3. Os Estados Partes na presente Carta, em conformidade com as obrigações dimanadas do Direito internacional humanitário para a proteção da população civil durante conflitos armados, adotarão todas as medidas possíveis com vista a assegurar proteção e assistência às crianças afetadas pelo conflito armado. Tais medidas *serão também aplicáveis às crianças em situação de conflitos internos armados, tensão e rivalidade.*

5.1.2. Decisão do tribunal¹⁰⁸⁸ – recrutamento de crianças é crime

O tribunal reconheceu alguma incerteza na proposta inicial do SG relativamente à natureza costumeira do crime de conscrição e alistamento de crianças como previsto no ETPI (para. 8).

Considerou que o costume leva tempo a se desenvolver sendo assim impossível – e até mesmo contrário ao conceito – determinar um dado evento, dia ou data em que se pudesse afirmar com certeza que uma *norma se cristalizou* (para. 50). No entanto, poder-se-ia identificar um certo período em que a *consciência das populações e líderes* se deu conta de um dado problema, o que no caso do recrutamento de crianças-soldados teria acontecido em meados dos anos oitenta (para. 50). Poder-se-ia ainda determinar um período em que o *direito costumeiro se começou a desenvolver*, o que no caso se deu com a aceitação dos principais instrumentos internacionais entre 1990 e 1994 (para.

¹⁰⁸⁸ SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, *Prosecutor v. Norman*, 24 de Maio 2004.

50). Finalmente, poder-se-ia determinar o período durante o qual *a maioria dos estados criminaliza o comportamento proibido* que, no caso, seria entre 1994 e 1996, tendo sido necessários mais seis anos para o recrutamento de crianças entre as idades de 15 e 18 anos ser *incluído em tratado como um comportamento individualmente punível*, tendo culminado este processo com a definição de crianças como sendo pessoas com idade inferior a 18 anos no Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (para. 50).

A *esmagadora maioria dos estados* não praticaria o recrutamento de crianças com menos de 15 anos de idade de acordo com suas leis nacionais, e *muitos*, seja através de direito penal ou administrativo, tinham criminalizado tal comportamento antes de 1996 (para. 51). O facto de o recrutamento de crianças ainda ocorrer, e ser assim ilegalmente praticado, não diminuiria a validade da norma costumeira, *não se podendo dizer que existe uma prática contrária com uma opinio iuris correspondente* pois os estados consideram-se claramente sob uma obrigação jurídica de não praticar o recrutamento de crianças (para. 51).

5.1.3. Robertson¹⁰⁸⁹ – alistamento não é crime

O juiz Robertson anotou que o arguido vinha acusado de um crime de alistamento de crianças ou seu uso para participar em hostilidades e que a alegação de conscrição, que implica algum uso de força, foi abandonada (para. 1).

Abandonando aparentemente a parte relativamente ao uso para participação em hostilidades, centrou-se no alistamento de crianças, referindo que o recorrente alega que este não é um crime de guerra – ou, alternativamente, que só se tornou crime com a entrada em vigor, em meados de 2002, de dois tratados importantes, o Estatuto de Roma e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança (para. 2) – e que o procurador se recusa a apontar uma data em que a infração se cristalizou no direito penal internacional, argumentando que tal teria, de qualquer forma, ocorrido antes de 3 Novembro de 1996 (para. 2).

Em relação à proposta inicial do SG – que só envolvia o rapto ou o recrutamento forçado com a *mens rea* de envolver as crianças em operações potencialmente letais – o juiz é da opinião de que esta infração mais estreita era um crime de guerra em Novembro de 1996 (para.

¹⁰⁸⁹ SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Dissenting Opinion of Justice Robertson, *Prosecutor v. Norman*, 24 de Maio 2004 (*Robertson*).

4)¹⁰⁹⁰, acrescentando que poderia parecer estranho que o *estado de direito internacional em 1996* em relação à criminalização do alistamento de crianças *fosse duvidoso para o SG* em Outubro de 2000, mas já fosse muito claro para o presidente do CS apenas dois meses mais tarde (para. 6). Se não era claro para o SG e seus assessores jurídicos que o direito internacional tinha em 1996 criminalizado o recrutamento de crianças-soldado, pergunta-se se isso poderia ter sido *mais claro* para o Chefe Hinga Norman, ou para qualquer outro arguido ao tempo, na Serra Leoa (para. 6)¹⁰⁹¹.

O momento em que o alistamento de crianças – distinto do recrutamento forçado de crianças ou do seu uso posterior em combate – se teria tornado crime de guerra dependeria da identificação de um estádio, ou pelo menos, de um processo, no qual a proibição do alistamento de crianças seria uma *regra de direito internacional vinculativo apenas para os estados* (para. 10), correspondendo um segundo estádio à identificação de um ponto de viragem em que essa regra, a chamada *norma de direito internacional, se metamorfoseasse em norma penal* (para. 10). Depois de ter salientado que os juízes de direito internacional não têm um poder legislativo acima deles para corrigir ou melhorar (para. 12), rematou que a questão seria a de se o arguido, no momento da conduta que não estava claramente proibida pela legislação nacional no lugar de seu cometimento, poderia ter apurado, *através da assessoria jurídica competente*, que ela era contrária ao direito penal internacional, o que só poderia com certeza ser dito em 1 de Julho de 2002, data da ratificação do ETPI (para. 13).

5.1.4. Considerações

5.1.4.1. Introdução e conclusão – um caso de solução muito difícil

Vale a pena ‘lembrar’ a advertência de que os procedimentos criminais em tribunais internacionais são um método questionável de dissipar dúvidas pendentes e estabelecer com autoridade a lei existente em matérias controversas¹⁰⁹².

¹⁰⁹⁰ O crime de alistamento só se teria cristalizado em Julho de 1998 com o Tratado de Roma (para. 24).

¹⁰⁹¹ Informa ainda que, em 1996, ironicamente, o Governo da Serra Leoa reconheceu no seu relatório ao Comité sobre os Direitos da Criança que não havia idade mínima para recrutamento de pessoas nas forças armadas, exceto a disposição da Convenção de Genebra de que crianças com idade inferior a 15 anos não devem ser recrutadas para o exército, não se locomovendo o Comité para responder à Serra Leoa a não ser cinco anos depois, quando sugeriu que o país deve passar a impor uma lei para proibir o recrutamento de crianças, o que salienta que, no que *à legislação local respeita*, o recorrente não podia, em 1996, ter entendido que houvesse qualquer *direito penal contra o alistar de crianças que se voluntariaram para servir em milícias* (para. 31).

¹⁰⁹² Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 74, mas a propósito de julgamentos nos tribunais nacionais dos vencedores.

A ideia de que quando existam dúvidas reais – não quanto à precisa qualificação jurídica, mas quanto à natureza criminal de uma determinada conduta ou à pena máxima – a dúvida deve ser resolvida em favor do arguido passa por saber o que são dúvidas reais. Em último caso, quando há decisões ou opiniões sustentadas num sentido e noutro é porque há ‘algum tipo de incerteza jurídica’ e não é demais acentuar que isso não deve levar, *per se*, à conclusão pela inexistência de responsabilidade criminal. Como já se deixou claro, dúvidas e opiniões maioritárias não determinam as respostas últimas a dar às questões que aqui se levantam. Daí que o facto de existir controvérsia sobre a existência de certos crimes em direito internacional não tem de convocar de imediato a questão de se os juristas não concordam como seria possível sequer esperar que o arguido pudesse estar suficientemente conhecedor da existência e da natureza da criminalidade das suas ações no momento dos factos¹⁰⁹³. Aliás, em muitos casos o que está em causa não é a criminalidade da conduta, mas tão-só a sua específica qualificação jurídica. E aqui a discórdia é parte da natureza da coisa. Possivelmente o *standard* da *clareza* quanto à criminalidade da conduta seja mais adequado, mas não faz milagres.

Não há nada, por outro lado, que impeça quem criou o tribunal de o desautorizar, não sendo a consideração de que isso seria altamente inconveniente – do ponto de vista de uma qualquer espécie de separação de poderes – obstáculo à possibilidade jurídica inerente. O poder judicial aqui em causa só subsiste, e as suas decisões só são implementadas, se e enquanto existir vontade política para tal, não se vislumbrando, à partida, nenhum obstáculo jurídico à anulação jurídica das decisões das criaturas pelos seus criadores.

Compreende-se bem que os estados não tivessem criminalizado o comportamento a nível interno pois pode-se considerar que, normalmente, um estado não se força a legislar sobre um comportamento que, em princípio, só por ele pode ser levado a cabo, mesmo até porque é arguível que é de alguma forma ilógico, uma vez que o crime envolve legislação, proibir a conduta por meio do direito criminal doméstico¹⁰⁹⁴. A necessidade de criminalizar o recrutamento de crianças a nível nacional não é de facto um dos problemas mais prementes nas agendas legislativas dos países onde essa prática é inexistente. Nem onde ela ainda existia ao tempo dos factos.

¹⁰⁹³ Mas cf. DARCY, SHANE, “The Reinvention of War Crimes by the International Criminal Tribunals”, p. 126.

¹⁰⁹⁴ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 44. Sobre a inexistência de crimes nas leis criminais nacionais rotulados de ‘crimes de estado’ cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 74 a 77.

Apesar de ser porventura a forma mais normal em que a criminalização de uma norma internacional tem lugar¹⁰⁹⁵, não tem de existir o processo descrito pelo juiz Robertson, pois a norma pode surgir logo sob a veste criminal¹⁰⁹⁶. No caso de normas internacionais que proíbem comportamentos seriamente violadores do direito internacional humanitário, possivelmente e de forma natural, surgem logo, as mais das vezes, sob essa veste¹⁰⁹⁷. E também há que ter em atenção que, se os estados assumem que as violações sérias das leis do conflito armado são criminais, então poderá ser rara a existência de prática estatal que se refira à criminalização de regras específicas¹⁰⁹⁸.

Passando para um outro ponto, até se poderia sugerir que o número de crianças soldado em África apontaria para a existência de costume regional neste aspeto¹⁰⁹⁹. E pode-se também avançar a ideia de que assegurar a confluência entre o direito e a moralidade é mais ‘cai melhor’ quando aplicada a atrocidades em massa e conduta hedionda do que quando estão em causa atos que correspondem a conduta moralmente neutra ou contestada¹¹⁰⁰.

Mas a assessoria jurídica competente provavelmente teria de dizer que existiria o risco de o comportamento ser considerado crime e que um *non facere* seria avisado, nomeadamente no que diz respeito a homens de estados e chefias militares. Repare-se que provavelmente o TEDH, de onde parece vir a ideia da assessoria, ao utilizar o critério de que a lei estava *em fluxu* também possivelmente não encontraria uma violação do princípio na CEDH¹¹⁰¹.

Seja como for relativamente a cada problema mencionado até agora, o que parece é que não há *indicia* sólidos escritos para sustentar a criminalização do comportamento. Não é possível sustentar que o mero alistamento está compreendido pelo Artigo 3 Comum¹¹⁰² e as resoluções referidas em *Tadić* não o mencionam. Não

¹⁰⁹⁵ Há quem avance, por exemplo, que o bombardeamento indiscriminado de civis era inicialmente apenas uma infração de direito internacional humanitário e que, a certa altura, passou a comportar responsabilidade criminal individual. Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 6.

¹⁰⁹⁶ Cf., também, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, que aludem a esta possibilidade a propósito da responsabilidade do superior.

¹⁰⁹⁷ Exemplos de regras de direito internacional humanitário que não envolvem responsabilidade criminal em HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment”, p. 294, n. 68.

¹⁰⁹⁸ Assim, CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić”, p. 96.

¹⁰⁹⁹ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 158.

¹¹⁰⁰ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 158

¹¹⁰¹ Sobre isto *infra* Parte IV, 2.2.

¹¹⁰² HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment”, pp. 291 e 293, sustenta mesmo que a existência de uma regra separada a criminalizar o recrutamento não foi convincentemente demonstrada pelo tribunal e que o raciocínio do juiz Robertson, que se cinge ao

parece que o tribunal só se tenha alicerçado nas primeiras três condições *Tadić*¹¹⁰³, pois afirma que a “maioria” dos estados criminalizavam o recrutamento, no que poderia ser interpretado como uma tentativa de afirmar preenchida a quarta condição *Tadić*. Mas os exemplos avançados não provam essa maioria, como, aliás, se tergiversa ao falar, logo em seguida, não na maioria dos estados mas em “muitos” estados. Além de que a decisão do tribunal – ao mencionar invariavelmente o recrutamento – não fornece uma sustentação forte de que o alistamento estaria incluído nos exemplos que avança. É difícil de ver como é que o mero alistamento – dissociado de algum risco adicional, nomeadamente, o risco de ser posto em combate – poderia causar consequências graves para as vítimas. Parece que só o uso da força, ou em hostilidades, passaria este teste.

Mas a linguagem da carta africana é forte. Aqui a idade relevante para o problema em análise já são os dezoito anos de idade. África é o continente onde a prática ainda estava disseminada. Enfim, a criminalização ‘quase-que-inerente’ à linguagem utilizada pode levar a questionar se não é este instrumento que cristaliza a criminalização costumeira em causa¹¹⁰⁴. Ou, em alternativa, aludindo à ideia acima avançada do costume regional¹¹⁰⁵, mas agora em sentido inverso, ser o instrumento que cristaliza um costume geral ou regional de criminalização. Os ditames da consciência pública seriam argumento interpretativo de relevo. A organização de um sistema de alistamento voluntário por parte dos líderes seria já uma prática criminosa. Seria então um crime específico que – ao estilo do crime de agressão – só poderia ser levado a cabo por pessoas em posição de chefia. Ou seja, a organização de topo de um sistema de alistamento, com a *mens rea* de uso das crianças em operações potencialmente letais, já passaria o teste inerente às exigências de clareza associadas ao *nullum crimen*. Um outro problema surgiria então: o de um eventual erro de direito fomentado pelo direito da Serra Leoa que aparentemente permitia o recrutamento de uma qualquer criança desde que houvesse consentimento¹¹⁰⁶ e pelos eventos descritos nas comunicações entre a ONU e a Serra Leoa.

alistamento, também não é inteiramente convincente porque o Artigo 3 Comum não proíbe especificamente o recrutamento de crianças compulsivo ou forçado ou o seu uso enquanto combatentes. Contudo, o não proibir *especificamente* não quer dizer que não proíba e o artigo proíbe violência contra, e ofensas à dignidade de, pessoas que não participem nas hostilidades.

¹¹⁰³ Mas cf. HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment”, p. 289, n. 38.

¹¹⁰⁴ Parece ser essa a sugestão implícita na opinião em separado do juiz King. Cf. SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Separate Opinion of Justice Gelaga King, *Prosecutor v. Norman*, 24 de Maio 2004.

¹¹⁰⁵ Sobre esta noção cf. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 30 e 31.

¹¹⁰⁶ Cf. sobre esta informação, *Robertson*, para. 31.

Não se aprofundando a questão, e deixando uma conclusão definitiva quanto a estes dois últimos pontos para outros, há que desistir e afirmar que possivelmente este é um dos casos em que, ‘aos pontos’¹¹⁰⁷, o resultado final seria um empate e isso devesse significar uma absolvição porque não foi atingido o patamar de clareza exigido pelo *nullum crimen*. A noção de que há coisas tão odiosas para a humanidade coletiva que são absolutamente proibidas, e, principalmente, a de que a esfera das ações proibidas se pode expandir em linha com a consciência pública, noção esta altamente influente nos mais de cem anos que passaram desde que a cláusula foi adotada¹¹⁰⁸, talvez tenha sido o que – em silêncio – convenceu o tribunal, mas não parece que possa ser, pelo menos neste caso, o argumento que dita o vencedor. Enfim, não era clara uma suposta proibição criminal costumeira e com probabilidade mesmo um olhar mais profundo para o significado do alistamento, qual possível estágio, consoante o caso, de preparação para operações de potencial letal e coisas que tais, não poderia, com a clareza exigida, levar a concluir – através dos princípios gerais de direito comuns às nações em combinação com recaraterizações admissíveis¹¹⁰⁹ – que estava em existência uma norma internacional que criminalizasse tal conduta.

O autor desta tese – e apesar de a intuição¹¹¹⁰ ter sido, desde o princípio, de que o mero alistamento não era criminoso à data –, ao longo da sua feitura, nem sempre mateve esta opinião. Enfim, apesar de o direito costumeiro não ser uma “ciência exata”¹¹¹¹, parece que o caso dava uma boa oportunidade para afirmar o carácter costumeiro da criminalização de alistamento à data do julgamento mas não à data dos factos.

Seja como for, o caso é um bom mote para refletir sobre a previsibilidade e acessibilidade do direito costumeiro, em particular, e do direito penal internacional, em geral.

5.1.4.2. Previsibilidade em direito penal internacional

Sugere-se que o estado rudimentar do direito penal internacional afeta negativamente a sua previsibilidade de várias maneiras pois, por um lado, tanto as próprias infrações, como o sistema de direito penal internacional em que elas são

¹¹⁰⁷ Cf. *infra* Parte V, 1.4.

¹¹⁰⁸ Assim, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 48.

¹¹⁰⁹ Cf. *supra* Parte II, 4.5.1.3. e 4.6.4.2.3.4.2. e *infra* Parte III, 6.1.2.

¹¹¹⁰ Cf. *infra*, Parte V, 1.3. e 1.4.

¹¹¹¹ MERON, THEODOR, *The Making*, p. 35.

aplicadas, partilham uma série de características que a influenciam daquela forma¹¹¹², o que poderia levar à afirmação de que a presunção de conhecimento do direito penal internacional não pode ser não refutável pois “as suas premissas não articuladas de conhecimento público, certeza e suficiência de conteúdo faltariam e isso violaria os *standards* mínimos de legalidade”¹¹¹³. Por outro lado, a interação entre o direito penal internacional e o direito nacional pode levar a exigências sobre os indivíduos divergentes ou mesmo conflitantes¹¹¹⁴.

À falta de coesão, harmonia e consistência na redação dos instrumentos internacionais¹¹¹⁵, juntam-se tratados que são dirigidos aos estados e não aos indivíduos, o que tornaria não evidente a diferença entre o que é criminalização direta internacional e o que é uma ordem aos estados para criminalizar uma determinada conduta¹¹¹⁶.

A necessidade de chegar a compromissos inibe a formulação de infrações claras; as fontes são diversas, às vezes contraditórias; o processo de formação de uma norma costumeira, e as dúvidas sobre quando é que este atinge o ponto de mudar o direito aplicável, não são propriamente benéficos para a certeza jurídica do indivíduo¹¹¹⁷.

Por outro lado, também são fatores que afetam negativamente a sua previsibilidade: a ausência de uma autoridade judicial superior, não remediada pela existência de uma jurisprudência coerente¹¹¹⁸; o jogo entre direito nacional e internacional, e a tal possibilidade de aquele emitir exigências contraditórias a este, é um mal exponenciado pelo facto de, como o direito internacional vincula o indivíduo independentemente do conteúdo do direito nacional, a pessoa ser levada a crer, em resultado da deficiente implementação nacional, que a sua conduta é conforme ao direito internacional; a aplicação do direito internacional pode ter lugar noutros estados e em tribunais internacionais¹¹¹⁹.

5.1.4.3. Acessibilidade em direito penal internacional

Avança-se que quando os tribunais consideram o *nullum crimen* são indiferentes quanto à precisa origem do aviso justo, podendo vir este de tratado, costume, lei doméstica ou outros indícios do estado do direito internacional ou da direção em que se está a mover¹¹²⁰, afirmando-se que – desde que o aviso justo de uma norma ou *standard* esteja disponível para o arguido de

¹¹¹² Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 238.

¹¹¹³ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 515.

¹¹¹⁴ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 238. Cf., também, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 518.

¹¹¹⁵ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 515.

¹¹¹⁶ FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 239.

¹¹¹⁷ Este parágrafo em FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 239.

¹¹¹⁸ Cf., também, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 170.

¹¹¹⁹ Estas considerações em FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 240.

¹¹²⁰ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 172.

alguma fonte, mesmo que não necessariamente de uma que fosse obrigatória para ele no momento em que atuou – os tribunais não encontraram violação do *nullum crimen*¹¹²¹.

Espelhando a ficção do aviso justo empregue no contexto doméstico onde a lei tem vindo a se tornar cada vez menos acessível ao cidadão ordinário, os TPIs têm vindo a assumir a possibilidade de os arguidos levarem a cabo uma investigação global para determinar o âmbito e conteúdo do direito penal internacional e raciocinam que – desde que os arguidos possam prévia e razoavelmente determinar que a conduta ou forma de participação é proibida, particularmente com ajuda jurídica – então o *nullum crimen* é satisfeito¹¹²², o que seria especialmente verdade a respeito de indivíduos a quem o direito penal internacional é diretamente destinado, soldados e homens de estado¹¹²³.

Ligado ao aviso justo está a acessibilidade da lei àqueles que têm de lhe obedecer, debatendo-se se isto é um elemento da legalidade separado da previsibilidade ou se é somente um facto que torna previsível a responsabilidade criminal por um ato¹¹²⁴. Não se adotando posição, avança-se que as leis que servem para condenar não podem ser guardadas em segredo e que a ignorância da lei não é desculpa, desde que a lei seja acessível¹¹²⁵.

A acessibilidade pressupõe que as normas jurídicas que punem os atos em questão têm de estar disponíveis para a pessoa em causa, afirmando-se que isto, nos crimes de direito internacional, é um “teste abstrato” – “se não mesmo fictício e problemático” – em dois aspetos, o primeiro dos quais seria a dependência dos estados para tornar o direito penal internacional acessível aos indivíduos através da sua tradução e publicação¹¹²⁶. O que também está relacionado com o problema da comunicação do direito internacional humanitário a forças que lutam em locais de difícil acesso¹¹²⁷.

De qualquer forma, o advento da era da informação diminuiu, em certa medida, o papel central do estado na divulgação do conteúdo do direito internacional, pois há hoje um crescente corpo de informação que o torna acessível¹¹²⁸. Independentemente da ação do estado e através da utilização da internet e outros meios de comunicação de massa, organizações internacionais como a ONU e a Cruz Vermelha, bem como instituições de ensino e ONGs, difundem o direito

¹¹²¹ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 172.

¹¹²² Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 172.

¹¹²³ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”. P. 172, n. 274, citando Lord Wright.

¹¹²⁴ Cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 363 e 364.

¹¹²⁵ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 363 e 364.

¹¹²⁶ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 236.

¹¹²⁷ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 335.

¹¹²⁸ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 237.

internacional para um grande público¹¹²⁹. Mas também se avança que, especialmente para os grupos aos quais falta acesso aos meios modernos de comunicação e/ou com barreiras linguísticas, o estado ainda desempenha um papel crucial na difusão do direito internacional e que esta dependência é problemática, uma vez que a aplicabilidade da lei relativa a crimes de direito internacional deve – por uma questão de princípio – ser independente dos esforços do governo nacional¹¹³⁰.

Em segundo lugar, quanto à acessibilidade de criminalizações fundadas em costume ou princípios gerais, como estas são fontes não escritas, não podem ser simplesmente publicadas como tratados ou leis e, em resultado, são menos acessíveis para o público geral, além de que a determinação de uma norma não escrita exige muitas vezes a análise de várias fontes combinadas e a maioria dessas fontes não são compreensivas, o que diminui claramente a sua acessibilidade¹¹³¹.

5.1.4.4. Observações

Há que assinalar, no entanto, que se o aviso justo relativamente à criminalidade da conduta não vier de uma lei aplicável ao agente no momento dos factos, não se a pode afirmar em relação a esse agente, a não ser que se aceite sem mais a ideia de que se podem aplicar algumas leis a pessoas que não estão obrigadas por elas¹¹³².

Que a ignorância da lei não seja desculpa depende do caso e a razão parece estar com aqueles que sustentam que, no caso de crimes internacionais, os conceitos de previsibilidade e acessibilidade devem ser considerados juntos¹¹³³ ou que a acessibilidade é apenas um passo para escrutinar a previsibilidade, sendo inconcebível que o princípio da legalidade impedisse o julgamento de um criminoso que estivesse consciente da criminalidade da sua conduta, mas que fosse incapaz de ter acesso à legislação pertinente¹¹³⁴, podendo-se até perguntar o que é que significa mesmo ‘ter acesso’ no que diz respeito a normas não escritas.

¹¹²⁹ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 237.

¹¹³⁰ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 237.

¹¹³¹ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 237.

¹¹³² Com linguagem que realça este aspecto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “ninguém pode ser condenado por qualquer ato ou omissão que não constituísse um acto delituoso, à luz do direito aplicável, no momento em que foi cometido” (artigo 9, itálicos adicionados). Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 24. A ideia afirmada no texto não tem de ser seguida no que diz respeito a leis mais favoráveis.

¹¹³³ Assim, *Kononov II*, para. 235.

¹¹³⁴ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 238.

Além de ter em atenção que a natureza atroz do ato em causa pode contribuir para refutar a alegação de que não se estava ciente da criminalidade do facto¹¹³⁵, tudo isto como é óbvio é caracterizado pelo carácter fundamental dos crimes de direito internacional sendo, por exemplo, difícil de imaginar que alguém alegue falta de acessibilidade como justificação para um genocídio¹¹³⁶ e muitos dos outros crimes de direito internacional. A verdade é que a aplicação do princípio envolve sempre algum elemento de ficção jurídica e que, certamente, não é menos realista esperar que um suposto criminoso esteja ciente dos, e conforme o seu comportamento com os, princípios bem estabelecidos do direito das nações, do que esperar que ele apreenda os detalhes de um código penal longo, arcano, normalmente em mudança¹¹³⁷ e de todo o outro emaranhado de normas resultantes de leis criminais avulsas, interpretações judiciais relativamente a estas e àqueles, etc.

O problema, as mais das vezes, não está na ‘falta de previsibilidade’ de que a conduta pudesse ser criminal mas na existência ou inexistência de norma que a criminalize.

5.2. Compare-se com *Galić*

5.2.1. O tribunal¹¹³⁸ – atos ou ameaças de terror era um crime no momento dos factos

O tribunal considerou que a proibição de terror contra a população civil, tal como consagrada no artigo 51 (2) PA-I e artigo 13 (2) PA-II, *seria parte do direito internacional consuetudinário a partir do momento da sua inclusão nesses tratados* e que a violação da proibição de terror contra a população civil dava origem a responsabilidade penal individual no momento da prática dos crimes pelos quais *Galić* foi condenado (para. 86), esclarecendo mais à frente que, *no mínimo*, as proibições compreendidas por tais artigos constituíam uma afirmação do direito costumeiro internacional existente *ao tempo da sua adoção* (para. 87).

Possivelmente, pelo menos no que ao autor desta tese diz respeito, o tribunal poderia ter ‘recordado’ os critérios *Tadić* para a afirmação da responsabilidade penal e tê-los usado para rematar a sua análise através da afirmação de que *como é óbvio* a violação séria de tais proibições acarreta responsabilidade criminal.

¹¹³⁵ Assim, *Milutinović Jurisdição Recurso*, para. 42.

¹¹³⁶ Cf. FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 237.

¹¹³⁷ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization*, 2006, p. 405.

¹¹³⁸ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Galić*, 30 de Novembro 2006.

O tribunal, no entanto, decidiu densificar a análise e aludir, *inter alia*, às Regras relativas ao Controlo da Telegrafia Sem Fios em Tempo de Guerra e da Guerra Aérea de 1923 cujo artigo 22 proibia “o bombardeio aéreo com o propósito de aterrorizar a população civil ou de destruir ou danificar propriedade privada sem carácter militar ou ferir não-combatentes”, ao artigo 33 da Convenção de Genebra IV (CG IV) que proíbe, *em termos claros*, medidas de intimidação ou de terrorismo como forma de punição coletiva (para. 88), a pronúncias de estados e aos seus manuais militares nos quais um *largo número* de países incluíram proibições de terror como método de guerra (para. 89).

Avançou ainda que a responsabilidade criminal individual pode ser inferida, *inter alia*, de prática estatal que indica intenção de criminalizar a matéria proibida – incluindo declarações de oficiais dos governos e de organizações internacionais – e da punição das violações em causa por tribunais nacionais e tribunais militares (para. 92), referindo ainda que a primeira referência ao terror contra a população civil enquanto crime de guerra foi feita no Relatório da Comissão de 1919, tendo esta: encontrado provas da existência de um sistema de terrorismo cuidadosamente planeado e executado; afirmado que os beligerantes empregaram terrorismo sistemático; listado entre os crimes de guerra o terrorismo sistemático (para. 93).

No que à legislação nacional diz respeito, observou que *numerosos* estados criminalizavam tais proibições, incluindo leis de 1976 e 1988 em vigor na Antiga Jugoslávia, as quais servem, não só como prova da natureza costumeira do crime, como também para a avaliação da previsibilidade e acessibilidade de tais leis a Galić (para. 96).

5.2.2. Schomburg¹¹³⁹ – não era

O juiz Schomburg considera que não pode haver dúvida de que a proibição de atos e ameaças de violência – cujo principal objetivo seja espalhar o terror entre a população civil – tal como consta dos protocolos adicionais, fazia parte do direito internacional consuetudinário (para.7), mas considera que a maioria foi apenas capaz de estabelecer com certeza que apenas *um número extraordinariamente limitado de estados* (seis) tinha, no momento relevante para a acusação, penalizado o terror contra uma população civil de uma forma correspondente à proibição dos protocolos

¹¹³⁹ ICTY, Judgment, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Schomburg, *Prosecutor v. Galić*, 30 de Novembro 2006, 30 de Novembro 2006, paras. 7 e 8.

adicionais, o que levaria à *dúvida sobre a existência de prática estatal extensa e virtualmente uniforme neste assunto* (para. 10).

Ecoando o comentário do juiz Li em *Tadić*, avança que seria prejudicial, não só para o tribunal, mas também para o desenvolvimento futuro do direito penal internacional, e da jurisdição penal internacional, se a jurisprudência der a aparência de inventar crimes e, portanto, altamente politizar a sua função, *quando a conduta em questão não era penalizada* para além de qualquer dúvida no momento em que ocorreu (para. 21).

Seria ainda menos compreensível no caso presente porque é que a maioria teria escolhido esta abordagem errada quando teria sido possível – de modo indiscutível – atingir-se o mesmo resultado, condenando Galić, nos Pontos 4 e 7 da acusação, *no que diz respeito à mesma conduta criminosa subjacente* – ou seja, a campanha de bombardeios e *sniping* – pelo crime de ataques a civis, sendo que esta infração era, sem dúvida alguma, parte do direito costumeiro (para. 22)

Rematando que o objetivo primário de espalhar o terror entre a população civil de Sarajevo poderia ser considerado como *circunstância agravante de pena*, o que também justificaria o ajustamento da pena decidido pelo Tribunal de Recurso (para. 22).

5.2.3. Apontamentos de Meron¹¹⁴⁰ e Shahabuddeen¹¹⁴¹

O juiz Meron avança que a conclusão de que existe responsabilidade penal por atos ou ameaças de violência cujo objetivo principal seja o de espalhar o terror entre a população civil também *decorre logicamente da proibição da declaração de que não se dará quartel*, acrescentando que é um crime violar os princípios do direito internacional consuetudinário identificados na Quarta Convenção de Haia e que – se as ameaças de que não será dado quartel são crimes – *então certamente* ameaças que uma parte não vai respeitar outros princípios fundacionais do direito internacional, tal como a proibição de alvejar civis, *também são crimes* e que a aterrorização no caso concreto é exatamente uma dessas ameaças.

O juiz Shahabuddeen indica o seu entendimento de que o tribunal – ao assumir que o crime de terror é um crime de direito costumeiro – não está a sugerir que uma definição abrangente de terror é conhecida do direito internacional consuetudinário, *mas*

¹¹⁴⁰ ICTY, Judgment, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Meron, *Prosecutor v. Galić*, 30 de Novembro 2006, 30 de Novembro 2006.

¹¹⁴¹ ICTY, Judgment, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Galić*, 30 de Novembro 2006, 30 de Novembro 2006.

tão-somente a falar do âmago do conceito (para. 3) e que os perigos de um tribunal se pronunciar sobre o futuro de um direito costumeiro em evolução ativa, não obstam a que o tribunal reconheça que o direito costumeiro internacional conhece *um significado de terror predominante ou nuclear relativamente ao qual existia responsabilidade criminal individual* (para. 4).

5.2.4. Apreciação

Apesar de a doutrina em geral a parecer considerar persuasiva¹¹⁴², a posição do juiz Schomburg aparenta alicerçar-se fundamentalmente na diminuta criminalização doméstica do crime em causa. Mas, como já se avançou, não se considera que o facto de existirem muitos ou poucos estados que criminalizam determinada conduta com determinada qualificação no direito interno seja decisivo para a conclusão sobre a criminalidade internacional de tal conduta¹¹⁴³. Por exemplo, o facto de só um pequeno número de países ter criminalizado a guerra agressiva¹¹⁴⁴ não a torna menos crime internacional.

Ora, e sem ter de apelar ao já antigo “*crimen grave non potest non essere punibile*”¹¹⁴⁵, é claro que imaginar que um ataque à população civil – ou atos ou ameaças de violência – cujo objetivo seja espalhar o terror e que envolva consequências graves para as vítimas, fosse algo visto pelos estados como não dando origem a uma responsabilização de carácter criminal é proposição fantástica.

Tão-somente uma categorização mais específica do tratamento desumano proibido pelo Artigo 3 Comum – em particular, da proscricção de ofensas contra a vida e a integridade física especialmente o homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, as torturas e os suplícios –, a responsabilidade criminal por tal comportamento no plano internacional, mesmo no que diz respeito a conflitos internos, tem, pelo menos desde de 1949, indicação escrita.

Na verdade, sem ter que apelar à tal moralidade¹¹⁴⁶, e com consciência da fusão entre as terceira e quarta condições *Tadić* que, em larga medida, a afirmação que se

¹¹⁴² Cf. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 289; RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 134; WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 406, n. 115.

¹¹⁴³ Possivelmente em sentido diferente cf. HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment”, p. 291.

¹¹⁴⁴ DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 155

¹¹⁴⁵ Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 309.

¹¹⁴⁶ Cf. *supra*, Parte II, 4.7.

segue traz implícita¹¹⁴⁷, será difícil que *qualquer* violação séria do direito da guerra – ou seja, qualquer quebra de uma regra que proteja valores importantes e que envolva consequências graves para as vítimas – não seja uma violação que dê lugar a responsabilidade criminal¹¹⁴⁸. A ideia aqui em causa também poderia ser abordada através do uso da cláusula, pois a noção de que, na falta de disposição expressa, nem tudo é deixado ao arbítrio dos comandantes, também pode ser interpretada no sentido de que, a circunstância de que uma violação de um princípio fundamental da guerra não esteja prevista a preto e branco como crime, não significa que o não seja, sendo-o certamente se a violação em causa for uma violação grave de um princípio fundamental. O facto de não ser claro no momento da conduta qual a específica regra aplicável, ou o nome que se lhe vai ‘pegar’, não é decisivo.

E por isso é que o juiz Schomburg teria encontrado a pena com base *na mesma conduta subjacente* mas ao abrigo de um outro nome, dir-se-ia, mais consolidado, *escrevendo* na sua decisão que a intenção de espalhar o terror seria circunstância agravante. Ou seja, estando o título, a ênfase ou o símbolo na aterrorização, com substrato objetivo de ataques à população, ou no ataque à população, com substrato subjetivo de intenção de terror, a pena seria a mesma.

Neste cenário, é difícil compreender como é que se pode afirmar que “a conduta em questão não era para além de qualquer dúvida penalizada no momento em que ocorreu” e depois condenar de forma agravada com base nessa mesma conduta. De salientar que, ao mencionar – no contexto de uma discussão sobre o princípio da

¹¹⁴⁷ A necessidade de que haja uma regra separada a criminalizar o comportamento tal como previsto na quarta condição *Tadić* parece, de facto, ter sido invenção de *Tadić*. Sobre isto cf. CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić”, pp. 93 a 97.

¹¹⁴⁸ O que não quer dizer que seja sempre fácil determinar o que seja uma violação séria. Cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 404 e 405, marg. 1065. HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment”, 2005, p. 294, alude a que uma abordagem que suporta uma criminalização com fundamento na existência de uma “lesão apreciável”, uma “violação de regras importantes”, uma “quebra de garantias fundamentais ou de uma regra que proteja valores importantes” – embora possa ser adequada para casos claros – é demasiado vaga para casos de fronteira que são aqueles para os quais é preciso um teste que funcione. Cf., ainda, CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić”, p. 93, que aventa que se possam considerar todas as violações sérias de direito internacional humanitário como criminais e assim – ao se rejeitar a quarta condição *Tadić* e tendo em conta a proibição de atos ou ameaças de terror aqui em causa – poder-se-ia “trazer à existência” o crime respetivo. Cf., ainda, a propósito de responsabilidade estatal, a proposta apresentada em 1976 no âmbito da redação dos artigos sobre a responsabilidade do estado na CDI de que um crime internacional poderia resultar, *inter alia*, de “uma violação séria numa escala abrangente de uma obrigação internacional de importância essencial para a salvaguarda do ser humano, tal como aquela proibindo a escravatura, o genocídio e o *apartheid*”. Cf. DRAFT ARTICLES ON RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS, WITH COMMENTARIES, 2001, p. 113, n. 651. O teste seria assim duplo, relacionado com a seriedade tanto da violação como da norma. MERON, THEODOR, “On a Hierarchy of International Human Rights”, p. 2. Cf., ainda, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 578, 579 e 593.

legalidade – a intenção de espalhar o terror como causa para ajustar a ‘pena para cima’, a abordagem do juiz casa mal com o discurso de proteção¹¹⁴⁹ que deve ser inerente a qualquer discussão sobre o *nullum crimen*, pelo menos no plano internacional.

A ideia essencial aqui é a da existência de direito prévio que considere um determinado comportamento como crime. A proibição em causa é a de uma punição criminal retroativa *contra reum*. Por outras palavras, a interdição *desta* retroatividade é o verdadeiro significado e sentido essencial do princípio e só assim é que ele pode ser concebido como garantia dos direitos do homem e das liberdades individuais¹¹⁵⁰.

Mas, na verdade, em nenhum momento da sua opinião parece o juiz preocupar-se com esta circunstância, pois a sua verdadeira inquietação, não é com o assegurar que o arguido não seja punido por uma conduta que não era criminosa, mas com a preservação da separação de poderes.

Enfim, enquanto em *Norman* existia a dúvida sobre se o mero alistamento de crianças era conduta punível aqui não há dúvida de que a conduta em causa é punível. O problema é se a intenção que lhe preside deve dar azo a um crime *sui generis* ou se deve funcionar como ‘mera’ circunstância agravante, não parecendo ter isto grande relevância, nem para a pena concreta, nem para o estigma a ela associado.

Reduzida a questão à sua verdadeira dimensão, talvez se possa dizer que – se a ameaça de que não se dará quartel¹¹⁵¹ é um método criminoso de fazer guerra, então a ameaça de que não se respeitará um qualquer princípio fundacional de direito internacional da guerra, tal como a proibição de atacar civis, também claramente deveria ser criminosa – o que é facto é que essa proibição não consta explicitamente dos regulamentos de Haia. O que se pode explicar pelo simbolismo ligado à obrigação de dar quartel¹¹⁵² e pela circunstância da convenção em causa lidar com civis principalmente no âmbito das normas correspondentes a território ocupado. Tendo em conta que o TMI só se pronunciou sobre o carácter criminal das disposições da convenção, surgiria a questão de se se pode – “logicamente” e num contexto de respeito pelas exigências de clareza ligadas ao *nullum crimen* – derivar desta forma a

¹¹⁴⁹ O princípio foi estabelecido para proteger as liberdades individuais. GLASER, STEFAN, “La Méthode d’Interpretation en Droit International Pénal”, p. 773.

¹¹⁵⁰ Assim, GLASER, STEFAN, “La Méthode d’Interpretation en Droit International Pénal”, p. 761.

¹¹⁵¹ Ameaça que aterroriza o inimigo e aumenta o perigo de que os feridos e outros que estejam incapazes de lutar sejam mortos e, no fundo, uma proteção avançada daqueles que eventualmente estarão *hors combat*. Assim, DINSTEIN, YORAM, *Non-International*, p. 140.

¹¹⁵² Sobre a obrigação de dar quartel durante a época medieval, seu tratamento pelos escritores clássicos e sua duvidosa aplicação a outras pessoas que não os aristocratas e cristãos cf. MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, pp. 108 a 111.

criminalidade da ameaça em si mesma considerada. Contudo se, ao ataque que esta ameaça representa a um princípio fundacional do direito internacional humanitário, se ligar a exigência de que haja consequências graves para as vítimas, então pode-se com segurança afirmar a criminalidade da conduta.

Uma mera especificação mais concreta de conduta *in casu* indisputavelmente criminal – e não esquecendo que a proibição de causar dano aos civis e a objetos não militares é uma das mais antigas e básicas leis da guerra¹¹⁵³ – *Galić* é, para o autor desta tese, somente a reflexão judicial óbvia de uma antiga criminalização de aterrorização da população civil que, com alguma materialização a preto e branco remonta a 1919, e que existe seguramente há mais de meio século, mas que em silêncio e não escrita vive possivelmente há muito mais tempo, nas entrelinhas desde 1907, e na legislação escrita da Antiga Jugoslávia desde 1976, e que certamente compreende os atos de bombardeamento e *sniping* com intenção de espalhar o terror entre a população de que *Galić* vinha acusado.

6. Os princípios gerais de direito

6.1. *Furundžija*

6.1.1. Decisão¹¹⁵⁴ – sexo oral é violação

Partindo do princípio de que *o direito internacional não tem uma definição de violação* (para. 175), o tribunal observou que não há outros elementos – para além dos que já tinha enfatizado – que possam ser deduzidos de *tratado internacional* ou do *direito costumeiro*, nem o recurso aos *princípios gerais do direito penal internacional* ou aos *princípios gerais de direito internacional* é de qualquer proveito, por isso considera que, *para se chegar a uma definição precisa de violação* com base no *princípio de especificidade* é 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

¹¹⁵³ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 475, marg. 1279.

¹¹⁵⁴ *Furundžija*.

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, nomeadamente 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).

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).

Além disso – e de forma algo curiosa em aparente assintonia com *Tadić* – o tribunal é da opinião de que não é contrário ao *nullum crimen* acusar o arguido por sexo oral forçado como violação mesmo que em algumas jurisdições nacionais, incluindo a sua, ele só pudesse ser acusado por agressão sexual, pois *não está aqui em causa a criminalização de atos que não eram criminosos quando foram cometidos* (para. 184)

Desfazendo a aparente não sintonia, rematou que, desde que o arguido – que está acusado de violação por atos de penetração oral forçada – seja *condenado com base factual no sexo oral coercivo*, e condenado de acordo com a *prática de determinação da pena na Antiga Jugoslávia* por esses crimes, então ele *não é afetado pela categorização de sexo oral forçado como violação e não como agressão sexual* (para. 184).

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).

6.1.2. Apreciação

6.1.2.1. A possibilidade de inventar nomes para atos criminosos

Com longa história enquanto crime de guerra¹¹⁵⁵, mas sem uma definição internacional escrita que o ajudasse – e depois de uma tentativa esforçada de com cautela ver se os princípios comuns poderiam ajudar – é certo que o tribunal 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 doméstica¹¹⁵⁶ do arguido, mas mais adequado é ‘de vez admitir’ 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 caso¹¹⁵⁷. 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 comparativa¹¹⁵⁸. Talvez, por último, e ainda desta perspetiva, o recurso a princípios gerais de direito consonantes com as exigências básicas de justiça internacional¹¹⁵⁹, principalmente quando todo o exercício anterior não dê ainda resposta clara ao problema. Escusado quase será dizer que, para quem o direito internacional a aplicar ao caso concreto seja resultado de uma avaliação das fontes no seu conjunto, esta esquematização e hierarquização parece ter sido inventada pelo ‘tribunal’.

¹¹⁵⁵ PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen and Related Claims*”, p. 332, n. 89.

¹¹⁵⁶ Esta última ideia em SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 166 e 167

¹¹⁵⁷ E daí que não se deva dar muita importância à 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 direito. Assim, GALLANT, KENNETH, “*Jurisdiction to Adjudicate*”, p. 132, n. 133. Tudo se parece resolver, no entanto, pelas considerações expendidas em seguida no texto.

¹¹⁵⁸ 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 o juiz presidente deste caso.

¹¹⁵⁹ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Kupreskić*, 14 de Janeiro 2000, para. 591, onde Cassese também foi o juiz presidente.

Seja como for, à partida, que aquela específica caracterização, mesmo que retroativa, 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 crimes¹¹⁶⁰ – 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. E, *neste sentido*, o tribunal está a aplicar direito internacional existente ao tempo dos factos.

No que ao *nullum crimen* diz respeito, a acusação e condenação até podia ter lugar por algo ‘inventado *a posteriori*’ ainda mais específico como um novo crime contra a humanidade com o nome ‘Atos de Penetração Oral Forçada’, enquanto outro ato desumano, ou mesmo um novo crime de guerra com o nome ‘Atos de Penetração Oral Forçada’, enquanto outra forma de atentado à dignidade da pessoa¹¹⁶¹.

Diriam alguns que isto significaria usar a técnica *ejusdem generis* em todo o direito internacional¹¹⁶², 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 – não se tem aqui de rejeitar tal proposição. 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 frequência.

¹¹⁶⁰ Pois o direito que o tribunal tem de aplicar não é o direito da Antiga Jugoslávia. Neste sentido, por exemplo, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Krajišnik*, 17 de Março 2009, para. 749 e 750. Cf., também, sobre este assunto e em sentido diferente, 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.

¹¹⁶¹ Relativamente a esta última, e mesmo tendo em conta estrita a letra dos tratados, note-se, por exemplo, que o artigo 4 (2) (e) PA-II não estabelece lista fechada. 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’.

¹¹⁶² 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*”, pp. 767 a 772. Cf., ainda, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, 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*”, *passim*.

Por outras palavras, o facto de o melhor nome, ou a melhor definição¹¹⁶³, 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 deve causar agrura.

6.1.2.2. A permissão de recaraterização, em geral, no direito internacional

Avança-se que, por um lado, se um ato não era um crime de direito costumeiro internacional – ou se não era um crime segundo os princípios gerais de direito – quando cometido, o direito internacional dos direitos humanos permite a sua persecução em tribunal criminal nacional ou internacional como um crime internacional somente se o ato era crime à luz da lei nacional – ou direito convencional internacional – aplicável ao tempo do seu cometimento e que, por outro lado, a alteração na designação de um crime internacional – por exemplo, um crime de guerra passar a ser um crime contra a humanidade –, depois do cometimento do crime, não é proibida pelo direito internacional dos direitos humanos¹¹⁶⁴.

Defende-se que, em ambos os casos, a regra principal da legalidade, que o ato teria de ser um crime quando cometido, é cumprida e que os tribunais devem seguir estritamente três requisitos para evitar o grande potencial abusivo desta técnica: o ato tem de ser um crime à luz do direito internacional no momento da sua persecução, tendo os tribunais que examinar prática e *opinio iuris* para decidir se o ato é crime de direito costumeiro – ou se é crime segundo os princípios gerais de direito – no momento da persecução, caso contrário correm o risco de exceder a sua própria jurisdição; o ato tem de ter sido crime de acordo com alguma lei aplicável ao autor no momento da sua prática (seja ela nacional, convencional ou costumeira sob outro nome); e a pena não pode ser superior à prevista na lei aplicável no momento da prática do facto¹¹⁶⁵. Mesmo assim acredita-se que esta recaraterização está facilmente sujeita a abuso e espera-se que a prática desfaleça¹¹⁶⁶.

6.1.2.3. Conclusão

A alteração da caraterização jurídica não é muito problemática, além de que por vezes pode ser a melhor forma de descrição correta da conduta em causa. Apesar de

¹¹⁶³ E às vezes aquele pode coincidir com esta.

¹¹⁶⁴ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 367

¹¹⁶⁵ Este parágrafo em, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 367 e 368.

¹¹⁶⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 369.

poder não corresponder à caracterização da lei aplicável¹¹⁶⁷ ao agente no momento, a alteração não implica automaticamente uma violação do *nullum crimen*. Por outro lado, no que diz respeito ao problema jurisdicional identificado, desde que o facto esteja compreendido na jurisdição do tribunal, também não há que considerar a alteração da sua caracterização como ilegítima¹¹⁶⁸.

Aliás, tendo em conta as características do direito penal internacional e o seu 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 inerentes 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 concreta¹¹⁶⁹. E anote-se ainda 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, de certa forma, no estigma, concordando-se que todas estas possibilidades de recaraterização que vêm sendo referidas nenhuma colide com o *nullum crimen* se se respeitar o limite máximo da pena aplicável, o que alerta para a circunstância – a mais importante – de que o respeito pelo *nullum crimen* acaba por ser assim ‘quase engolido’ pelo respeito pelo *nulla poena*.

Mas acrescenta-se a ideia de que o *nullum crimen* também seria violado se a recaraterização não conduzir a uma especificação mais correta do ato em causa – ou à sua melhor caracterização – e isso redundar numa piora da situação do arguido, nomeadamente em virtude do estigma associado à nova caracterização. Uma nova caracterização que seja mais estigmatizante só será assim admissível se resultar nessa *melhor especificação* ou *caraterização*.

Por exemplo, se alguém comete um crime de ‘homicídio’ ou ‘roubo’ normal à luz de legislação doméstica e uma lei posterior passar a tratar o homicídio como crime de ‘extermínio da humanidade’ ou o ‘roubo’ como ‘homicídio’ essas novas caracterizações não podem ser retroativamente aplicadas. Poder-se-ia aceitar que esta mais apropriada classificação de uma infração é procurada no campo do direito

¹¹⁶⁷ A caracterização escrita até podia não existir.

¹¹⁶⁸ Cf. *infra* Parte V, 1.4.6.1.3.1.

¹¹⁶⁹ 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”, pp. 99 a 101.

internacional humanitário e do direito penal internacional através de uma sua interpretação teleológica¹¹⁷⁰.

Esta abordagem requer uma explicação adicional, pois, se, nas ideias avançadas até agora, o foco estava 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 caracterização 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”¹¹⁷¹.

Enfim, o cuidado que os TPIs têm com a caracterização de um facto, no sentido de uma correta caracterização do que está em causa, provavelmente é suficiente para afirmar que esta obrigação também tem carácter costumeiro.

6.2. Vujin

6.2.1. Decisão¹¹⁷² – desrespeito ao tribunal é crime

Deduzindo o conteúdo do *poder inerente* de o tribunal lidar com o desrespeito ao tribunal *por referência às fontes habituais de direito internacional* (para. 13), o tribunal considerou que não existe direito costumeiro específico diretamente aplicável à questão (para. 14). No entanto, apontou para um caso análogo, observando que a Carta do TMI dava ao tribunal o poder de lidar sumariamente com qualquer contumácia

¹¹⁷⁰ 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 caracterização do crime, podendo ser tida em conta para tornar a pena mais leve mas não para evitar o rótulo mais estigmatizante. Talvez a ideia exposta no texto não ande longe desta.

¹¹⁷¹ Esta ideia em ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 941, n. 95

¹¹⁷² ICTY, Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin, *Prosecutor v. Vujin*, 31 de Janeiro 2000.

através da imposição de punição adequada – contemplando a exclusão de qualquer arguido ou do seu advogado de novos processos, sem prejuízo da formulação de uma acusação – e referiu que três casos de desrespeito ao tribunal foram decididos pelos TMNs que interpretaram os seus poderes como compreendendo o poder de punir o desrespeito ao tribunal (para. 14).

Em seguida, olhou para os princípios gerais de direito comuns aos grandes sistemas jurídicos do mundo, analisou a origem e história da criatura no direito comum (paras. 15 a 17), a sua existência em muitos sistemas de direito continental (para. 15), mencionou a necessidade de existência de tal poder (para. 18), examinou a regra que os próprios juízes do TPIAJ adotaram para regular o assunto e as suas várias alterações (paras. 19 a 23), salientando, por fim, que se deve ter cuidado para não tratar a quantidade considerável de alterações que a regra sofreu como se produzisse uma forma jurídica de crime promulgada pelos juízes do tribunal (para. 24).

6.2.2. Apreciação

Adianta-se que não é certo que exista um princípio geral de direito que estabeleça que os tribunais criminais tenham o poder inerente de lidar com o desrespeito ao tribunal, pois, nos sistemas de direito continental, o poder de lidar com o desrespeito ao tribunal é conferido por lei, concluindo-se que o que o tribunal fez é “legislação judicial” que “expandiu a jurisdição” atribuída ao tribunal pelo CS¹¹⁷³.

Não sendo Vujin uma pessoa responsável por violações sérias do direito humanitário cometidas na Antiga Jugoslávia, a tarefa de afirmar jurisdição sobre um crime de desrespeito ao tribunal não era linear. Porém, não se vê bem por que razão é que a forma particular como o comportamento é criminalizado a nível doméstico – enquanto poder inerente ou infração resultante de uma lei adotada para o efeito – haveria de obstar à consideração de tal comportamento como crime em resultado dos princípios gerais de direito comuns às nações. O que está em causa é a comum qualificação do comportamento como criminoso e não a comum fonte de tal qualificação.

Quanto ao Estatuto, e sua questão jurisdicional, uma sua leitura mesmo completamente deturpada parece aqui justificada. Caso claro para o criador se ‘mexer’ se olhar para esta interpretação como uma ilegítima assunção de poder legislativo.

¹¹⁷³ Assim, RAIMONDO, FABIÁN, “General Principles of Law”, p. 53.

Igualmente interessantes são as afirmações de que o TPIAJ sustentou que o desrespeito ao tribunal existe através dos princípios gerais de direito e não através do direito costumeiro¹¹⁷⁴ e de que – apesar de não ser completamente claro no assunto – a decisão é, de forma natural, interpretada no sentido de que os princípios podem ser deduzidos da prática judicial nacional e internacional¹¹⁷⁵. Pertinente é também a consideração de que os tribunais *ad-hoc* nunca elaboraram uma metodologia coerente para destilar princípios gerais¹¹⁷⁶. Por outro lado, também se deve anotar que frequentemente não explicam muito bem com que fonte é que estão a trabalhar ou asserem mesmo que estão a aplicar costume quando é claro que não é ‘bem com este’ que estão a trabalhar.

In casu, não parece que tribunal tenha identificado de onde é que derivou o crime. No fundo, parece estar a utilizar aquele método de interpretação do direito no seu todo que o leva a procurar a norma aplicável ao caso através da análise de tratados, prática e *opinio iuris*, precedentes e princípios gerais de direito.

Seja como for que o tribunal tenha abordado o problema, não se entende é porque é que os precedentes de Nuremberga não foram considerados suficientes para afirmar o carácter costumeiro de tal crime. Mas mais problemático é os juízes acharem que podem definir a pena aplicável nas suas Regras. Esta deveria ter sido deduzida dos princípios gerais de direito comuns¹¹⁷⁷. Não é claro que o limite de 7 anos de prisão previsto na Regra 77 seja suportado por estes princípios¹¹⁷⁸. Preocupação, no entanto, certamente pouco importante *in casu* uma vez que só se aplicou uma pena de multa e esta não seria certamente superior à pena que resultasse daquela dedução. A se considerar que o CS delegou o poder de definir a pena, talvez o “agente” se tenha excedido e o “principal” se devesse ter ‘mexido’.

Se se aceitasse estas considerações a norma internacional para aplicação ao caso seria composta por uma criminalização resultante do costume e por uma pena resultante dos princípios gerais comuns.

¹¹⁷⁴ Assim, RAIMONDO, FABIÁN, “General Principles of Law”, p. 52. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 309, observa que o tribunal não fez um inquérito sobre todos os países de direito continental e que em particular não analisou a Antiga Jugoslávia ou os estados sucessores e a Holanda onde está sediado o tribunal.

¹¹⁷⁵ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 350

¹¹⁷⁶ Assim, BANTEKAS, ILIAS, “Reflections”, p. 129.

¹¹⁷⁷ Cf. *supra* Parte II, 4.6.4.2.3.4.3.

¹¹⁷⁸ Possivelmente em sentido diferente GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 311, com discussão interessante sobre um outro caso de desrespeito ao tribunal por jornalistas. Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 392.

Tudo menos interessante se se assumir que tanto o crime como a pena foram criados pelos juízes no exercício de poderes delegados pelo CS e por isso é que este não se ‘mexeu’, deixando os juízes “fingirem” que estavam a deduzir tudo de costumes e princípios.

6.3. Considerações

6.3.1. Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça

No comité de juristas que preparou o ETPJI não existia consenso sobre o significado da expressão ‘princípios gerais de direito comuns às nações civilizadas’: enquanto uns tinham o direito natural em mente, outros mostravam preocupação com a possibilidade de o tribunal se apoiar em conceitos subjetivos associados ao conceito de justiça, correspondendo uma solução conjunta ao texto de hoje e, a propósito da qual, foi então comentado que uma solução de compromisso apresenta uma ambiguidade inerente, inimiga de qualquer interpretação razoável da disposição¹¹⁷⁹.

Uma leitura do artigo 38 do ETIJ – normalmente apresentado como uma declaração completa das fontes de direito internacional¹¹⁸⁰ – que o perspetive como descrevendo as únicas fontes de direito internacional em existência, e que reduza os princípios lá previstos a fonte subsidiária, caso não exista uma norma de tratado ou de direito costumeiro que lide com o assunto de direito internacional em causa, não pode ser sustentada se se quiser com isso significar que tais princípios não podem ser utilizados para criminalizar diretamente uma conduta. Tal não está em sintonia seja com a redação da norma, que não estabelece limites à utilização de tais princípios como fonte de direito internacional em função da matéria em causa, seja com a cláusula e sua interpretação ao longo dos tempos, seja com a jurisprudência de Nuremberga e outros TPIs¹¹⁸¹, que consistentemente apelam a princípios de direito internacional para justificar a existência de comportamentos criminalmente puníveis.

¹¹⁷⁹ Este parágrafo em CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 34.

¹¹⁸⁰ CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 22.

¹¹⁸¹ Sobre a jurisprudência do TPIJ e TIJ cf. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 36 e 37.

6.3.2. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

À sugestão de que os princípios gerais de direito não possam ser utilizados como fonte de criminalização, tanto uma interpretação correta do PIDCP¹¹⁸², como a prática estatal posterior, responde no sentido de a rejeitar pois, mesmo que se recorra aos trabalhos preparatórios – e aceitando-se que o desejo foi salvaguardar a legitimidade das perseguições pós Segunda Guerra – eles não legitimam a conclusão de que a disposição se limita a esses casos, sendo que, apesar de alguns estados terem entendido o parágrafo como só compreendendo as perseguições pós guerra, numerosos estados expressaram o ponto de vista de que tal compreenderia casos futuros¹¹⁸³. Atente-se nos seguintes trechos¹¹⁸⁴:

O representante do Reino Unido – apoiado explicitamente pelo Líbano, Grécia, França e Jugoslávia – referiu que seria importante enfatizar que os atos que possam não ter sido até ao momento objeto de disposições expressas no direito internacional, podem, contudo, ser contrários aos princípios gerais de direito *reconhecidos implicitamente* tanto na legislação nacional como internacional. A representante da Polónia – apoiada pela Índia e Cuba – afirmou que não poderia concordar com aqueles que *tinham tentado negar a existência dos princípios gerais de direito internacional* e que a delegação polaca queria declarar publicamente que se os crimes de guerra – como aqueles que haviam sido objeto de punição em Nuremberga – fossem perpetrados no futuro deveriam ser julgados com a mesma severidade e de acordo com os mesmos princípios de direito internacional. O representante da Jugoslávia – apoiado pelas Filipinas e URSS – afirmou que os crimes contra a humanidade *devem ser sempre punidos, quando quer e onde quer* que tenham sido cometidos. A Arábia Saudita afirmou que não via nenhuma razão para fundar o parágrafo 2 somente em Nuremberga e Tóquio, pois os regimes ditatoriais e as guerras coloniais ainda criavam oportunidade para crimes semelhantes aos referidos nesse parágrafo.

Por um lado, a história legislativa desta disposição sugere que o objetivo era confirmar e fortalecer os princípios de Nuremberga e Tóquio e assegurar que se, no futuro, fossem perpetrados crimes semelhantes eles seriam punidos de acordo com os mesmos princípios¹¹⁸⁵. Por outro lado, ela mostra que quase todos os redatores careciam de qualquer intenção de criar qualquer exceção à regra da não retroatividade e que –

¹¹⁸² Cf., no sentido do texto, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 10.

¹¹⁸³ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, pp. 233 e 234.

¹¹⁸⁴ Referidos em FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 234, p. 1377.

¹¹⁸⁵ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization*, 2006, p. 103. Cf., também, BOSSUYT, MARC, *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, pp. 331 e 332.

sendo verdade que existiram temores de que a linguagem utilizada pudesse ser compreendida de forma a criar a exceção – a intenção manifestada foi a de que a disposição não devia ser interpretada dessa forma¹¹⁸⁶.

6.3.3. Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Neste contexto, é afirmado que – embora sendo exato que os trabalhos preparatórios mostram que, por meio desta disposição, os redatores da convenção quiseram abrigar os princípios de Nuremberga de possíveis ataques em relação com o *nullum crimen sine lege* – o texto da disposição é claro e, portanto, seria legítimo deixar de lado os trabalhos preparatórios, de acordo com o artigo 32 da Convenção de Viena, que só prevê o recurso a eles quando o texto seja ambíguo ou obscuro, ou a sua interpretação literal resulte num resultado manifestamente absurdo ou irrazoável¹¹⁸⁷. E avança-se ainda que a referência aos princípios de Nuremberga – tal como cristalizados em direito costumeiro internacional – é feita explicitamente na referência ao direito internacional no número 1 e o propósito do número 2 – como resulta da sua redação clara – é assegurar que uma conduta não criminalizada, ou por tratados, ou por direito costumeiro, possa ser tida como criminosa se tal resultar dos princípios gerais, sendo assim estas fonte subsidiária à qual se recorrerá quando o recurso às fontes primárias não der quaisquer resultados¹¹⁸⁸.

No entanto, tendo em conta que o número 1 se refere ao direito internacional, e que o direito internacional inclui os princípios gerais comuns às nações civilizadas, o sentido do artigo 7 – e de qualquer um dos seus números – é manifestamente ambíguo, sendo a diversidade de opiniões acerca da interpretação do artigo um claro sinal neste sentido. Por conseguinte, o recurso aos trabalhos preparatórios é claramente avisado.

Por um lado, os trabalhos preparatórios da convenção também indicam que o segundo parágrafo foi acrescentado ao artigo para prevenir que o primeiro parágrafo afetasse as leis aprovadas, pelas partes contratantes, no final de Segunda Guerra Mundial para perseguir criminosos de guerra¹¹⁸⁹. Alude-se a que o parágrafo constituiria uma forte reação à degeneração de sistemas de justiça nacional em que os atos considerados como crimes mais graves à luz do

¹¹⁸⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 177. Cf. ainda, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 191 a 200.

¹¹⁸⁷ Assim, CASSESE, ANTONIO, “Balancing the Prosecution”, p. 414

¹¹⁸⁸ Assim, CASSESE, ANTONIO, “Balancing the Prosecution”, pp. 414 e 415.

¹¹⁸⁹ Assim, MARINIELLO, TRIESTINO, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court’s Jurisprudence”, *Nordic Journal of International Law* 82, 2013, p. 228.

direito internacional não eram proscritos¹¹⁹⁰ e, em alguns casos – tal como o do regime nazi – eram mesmo apoiados por autoridades estatais¹¹⁹¹, daqui resultando que ele permitiria desvios dos padrões do princípio da legalidade em relação a sistemas jurídicos nacionais em contraste evidente com os valores morais subjacentes ao *jus gentium*¹¹⁹².

Mas, de forma algo diferente – e referindo-se a *Kononov II* – o TEDH, em *Maktouf*, parece ter resolvido a questão da melhor forma quando sustentou que o artigo 7 (2) é apenas *um esclarecimento contextual*, incluído de modo a assegurar que não existisse qualquer dúvida sobre a validade da perseguições após a Segunda Guerra relativamente aos crimes cometidos durante a guerra, sendo claro que os redatores da convenção não tinham intenção de permitir qualquer exceção à regra geral da não retroatividade, rematando que o tribunal já decidiu em vários casos que os dois parágrafos do artigo 7 estão interligados e devem ser interpretados de forma concordante¹¹⁹³.

6.3.4. Os princípios enquanto fontes de direito penal internacional

Seja como for, tendo em conta que – mesmo com recurso à história legislativa dos tratados referidos – as dúvidas sobre o que são tais princípios não se dissipam, o que é imperioso é tentar dar um sentido sistemático, viável e lógico àquilo que, no fundo, se estava a querer dizer em tema tão complexo e apaixonado, onde se digladiam visões filosóficas sobre o direito muito diferentes.

O que resulta dos trabalhos preparatórios tanto do ETPJI como do PIDCP e da CEDH, tal como das convenções de Haia e Genebra, é que os princípios gerais de direito não são vistos da mesma forma por diferentes atores, por vezes sendo radicais as divergências. Não sendo objetivo deste trabalho proceder a uma exata delimitação das fontes de direito em direito internacional e seus métodos de interpretação permissíveis, é de qualquer maneira possível um esboço no que ao direito criminal interessa.

Assim, voltando às visões filosóficas sobre o direito que aqui se cruzam, o que resulta de tudo o analisado até este momento é que os estados não quiseram excluir a possibilidade de a criminalização do comportamento resultar, não só dos princípios gerais de direito internacional resultantes dos usos estabelecidos, das leis da humanidade e dos ditames da consciência pública, mas também dos princípios gerais de

¹¹⁹⁰ Assim, MARINIELLO, TRIESTINO, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond”, p. 228.

¹¹⁹¹ Assim, MARINIELLO, TRIESTINO, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond”, p. 228.

¹¹⁹² Assim, MARINIELLO, TRIESTINO, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond”, p. 228, recordando a posição de Kelsen.

¹¹⁹³ ECHR, Judgment, Grand Chamber, *Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia And Herzegovina*, Strasbourg, 18 de Julho 2013 (*Maktouf*), para. 72. Cf., ainda, de forma algo diferente, ECHR, Judgment, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Joined by Judge Vučinić, *Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia And Herzegovina*, Strasbourg, 18 de Julho, 2013 (*Maktouf Albuquerque*), pp. 45 e 46.

direito comuns às nações civilizadas¹¹⁹⁴. Possivelmente, todos estes se enquadram nas fontes de direito previstas no artigo 38 do ETIJ¹¹⁹⁵. Por outro lado, o método que foi utilizado em Nuremberga para determinar o que é ou não crime de acordo com estes princípios pode continuar – à luz, tanto da CEDH e do PIDCP, como do direito internacional em geral – a ser utilizado.

Ou seja, o *nullum crimen* a nível destes instrumentos proíbe determinações de o que é que é crime como, por exemplo, as que poderiam ter lugar no âmbito dos códigos penais nazis e sua aplicação judicial, neste sentido emergindo um verdadeiro *nullum crimen* a nível internacional, mas não determinações de o que é que crime ao jeito de Nuremberga, sendo que as muitas decisões jurisprudenciais em análise – e apesar de postularem a aderência a um *nullum crimen* mais estrito – acabam por usar métodos idênticos aos utilizados pelo TMI, *confirmando assim a sua aceitação hodierna*.

7. Teses que sustentam uma violação do *nullum crimen* pelos tribunais penais internacionais modernos

7.1. Tese de que o princípio é violado frequentemente mas não faz mal pois os arguidos já estavam de sobreaviso

Com foco nestas, e noutras, decisões dos modernos TPIs, defende-se que os tribunais de direito penal internacional, com arrojo, aplicaram novas normas a conduta anterior a elas e se engajaram numa remodelação a toda a escala do direito penal internacional, adiantando-se que – através do uso de “instrumentos interpretativos”, “reivindicações analíticas” e “escolhas metodológicas” – os TPIs permitiram que os arguidos fossem acusados por crimes, ou formas de responsabilidade, que *não eram parte do direito positivo no momento da sua prática*, o que é, menos um modesto processo de interpretação e clarificação, e mais uma dramática, apesar de não reconhecida, forma de criação judicial de direito¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁴ Apesar de BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 329, parecer não favorecer a criminalização com base em “princípios gerais de direito”, atribui-lhes uma função bastante ampla. Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 462 a 465).

¹¹⁹⁵ Sublinhando a ligação entre as leis da humanidade e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas e incluindo as primeiras nos segundos, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 120. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 37, integra, na categoria de princípios gerais de direito internacional, não só o direito costumeiro e os princípios referidos no artigo 38 (c) ETIJ, mas também certas proposições lógicas subjacentes ao arrazoamento judicial com base no direito internacional existente.

¹¹⁹⁶ Assim, SCHAACK, BETH, “The Principle of Legality in International Criminal Law”, pp. 1 e 2.

Ou, o que estaria aqui em causa seria um preenchimento judicial de lacunas, que ocorreria quando os tribunais resolvem litígios através da “formulação de políticas” em situações em que o legislador falhou ao não codificar totalmente uma regra, ou mesmo um “ativismo judicial”, que teria lugar quando os tribunais se recusam a aplicar a decisão política pública adotada por instituições autorizadas¹¹⁹⁷. Vários fatores de análise contribuem para estas asserções.

7.1.1. Ilegalidade e criminalidade e pouca deferência para com as intenções dos estados

Fazendo confluír a ilegalidade com a criminalidade, os TPIs sustentaram que o silêncio do tratado não significa, *ipso facto*, que as violações do mesmo não sejam crimes, posição esta avançada mesmo relativamente a casos em que seria óbvio que os estados decidiram não criminalizar o comportamento, consagrando apenas uma responsabilidade estatal e justificando-se os tribunais com o argumento de que os estados quiseram deixar os detalhes da sua execução às partes e à comunidade internacional¹¹⁹⁸.

Cientes de que a justiça retroativa é preferível a alternativas – incluindo às formas coletivas de punição extrajudicial ou às execuções sumárias – e conscientes da necessidade de atualizar e modernizar “direito velho” em face de novas realidades¹¹⁹⁹, os tribunais de direito penal internacional teriam uma “tendência normativa”, visível também noutras formas de discurso jurídico internacional, favorecendo a “completação” do direito internacional, a previsibilidade, a coerência, o dinamismo, em detrimento de um estrito textualismo ou deferência para com as *anteriores intenções dos estados*¹²⁰⁰.

7.1.2. Imoralidade e criminalidade¹²⁰¹

Os tribunais também invocaram a relação entre imoralidade e criminalidade rejeitando a alegação do *nullum crimen* em situações em que a conduta em causa é considerada como *malum in se*, avançando-se exemplos.

Afirmou-se: que é universalmente reconhecido que os atos enumerados no Artigo 3 Comum são *moralmente censuráveis* e *chocam a consciência das pessoas civilizadas* e que, portanto, eram crimes segundo os *princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade*

¹¹⁹⁷ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 172.

¹¹⁹⁸ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 154.

¹¹⁹⁹ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, pp. 154 e 155.

¹²⁰⁰ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 155.

¹²⁰¹ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, pp. 155 a 158.

das nações, na aceção do PIDCP¹²⁰²; que, devido à falta de quaisquer normas ou *standards* escritos, os tribunais de crimes de guerra muitas vezes se fundam na natureza atroz dos crimes imputados para concluir que o autor de tal ato tem de ter sabido que estava a cometer um crime¹²⁰³; que falta credibilidade à afirmação de que o acusado não reconheceria o carácter criminoso dos factos alegados na acusação¹²⁰⁴. Enfim, apela-se à ideia de Jackson, em Nuremberga, de que o único refúgio dos arguidos poderia apenas ser a esperança de que o direito internacional ficasse tão atrás do sentido moral da humanidade que a conduta que é crime em sentido moral devesse ser considerada inocente perante o direito, arguindo-se que esta retórica retém moeda contemporânea¹²⁰⁵.

Em suma, os tribunais teriam raciocinado que, quando a conduta choca a consciência da comunidade internacional, não é necessário aviso formal prévio das suas consequências penais para acusar agora os infratores pois – no que diz respeito a atrocidades – não há inocentes enredados em procedimentos criminais apesar de ausência de direito positivo anterior¹²⁰⁶.

Esta presunção de aviso justo teria sido aplicada mesmo quanto a novas formas de responsabilidade contestadas, avançando-se que a noção de *malum in se* é talvez atenuada em circunstâncias em que o arguido pode saber que determinada conduta cometida pelo principal perpetrador é moralmente censurável (e, assim, inelutavelmente criminal), mas possivelmente não considerar a sua contribuição particular para tal conduta como igualmente iníqua (e, portanto, como provável a torná-lo vulnerável a sanções penais através de princípios de responsabilidade secundária ou vicária)¹²⁰⁷.

E, exemplifica-se com o facto de, em *Tadić*, o arguido ter sido condenado em segunda instância por participar numa ECC no cometimento de crimes internacionais, apesar de o Estatuto não incluir a ECC como uma forma de responsabilidade e a acusação não ter alegado tal teoria¹²⁰⁸. Ao notar que os crimes internacionais são frequentemente o resultado de manifestações de criminalidade coletiva, o tribunal concluiu que a gravidade moral de tal participação é muitas vezes, não menor, ou mesmo não diferente, da dos que levaram a cabo os atos em questão¹²⁰⁹.

¹²⁰² Cf. ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Delalić*, 20 de Fevereiro 2000, para. 173.

¹²⁰³ Cf. *Milutonović Jurisdição Recurso*, para. 42.

¹²⁰⁴ Cf. *Delalić*, para. 313.

¹²⁰⁵ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 156.

¹²⁰⁶ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 156.

¹²⁰⁷ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 156.

¹²⁰⁸ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, pp. 156 e 157.

¹²⁰⁹ Assim, *Tadić Julgamento Recurso*, para. 191.

Defende-se que estes argumentos não distinguem o criminal do imoral e invocam a tradição do direito natural do direito internacional, tradição particularmente necessária no direito penal internacional e que tem as suas origens na crença de que o direito tem de se conformar com a moralidade transnacional e com uma conceção de justiça universal¹²¹⁰.

Em muitos dos casos, os tribunais atuariam como se existisse um direito superior, que teria ainda de ser reduzido a direito positivo, mas que poderia ser descoberto e invocado em procedimentos criminais, considerando-se que essas regras morais seriam universal e intrinsecamente conhecidas, sendo desnecessária a prévia articulação das consequências aplicáveis às condutas violadoras dessas regras¹²¹¹.

Como os tribunais que julgam sérias violações de direito penal internacional se veem a atuar num reino de maior certeza moral, *justificar-se-ia assim uma aplicação menos estrita do princípio da legalidade*¹²¹².

O que seria compreensível – afirma-se, invocando Lord Wright – pois talvez não seja surpreendente que os juristas se voltem para a ética em face de atrocidades, quando o desejo de assegurar a confluência entre o direito e a moralidade está talvez no seu ponto mais forte¹²¹³. Enfim, quando os juízes se acham na interseção entre o direito e a moral inclinam-se decididamente para a última¹²¹⁴.

7.1.3. As inovações introduzidas poderiam ter sido razoavelmente previstas?

As inovações incluiriam o estabelecimento de um “regime penal abrangente” para todos os conflitos armados, o “coser de diferentes vertentes” do direito penal internacional – especialmente o direito humanitário *strictu sensu* e os crimes de direitos humanos de genocídio e contra a humanidade –, a “transubstantiva aplicação de todas as formas de responsabilidade criminal”, uma “abordagem extensiva” relativamente aos até ali “não construídos crimes enumerados”, o “adicionar conteúdo a cláusulas residuais ou nebulosas” e um “retirar da ênfase no encontrar precisão” dos elementos circunstanciais dos crimes¹²¹⁵.

¹²¹⁰ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 157.

¹²¹¹ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 157.

¹²¹² Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 157.

¹²¹³ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 157.

¹²¹⁴ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 125.

¹²¹⁵ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 59.

No entanto, todo este processo, aparentemente ilegítimo dir-se-ia, teria de ser qualificado pois *as inovações introduzidas poderiam ter sido razoavelmente previstas*¹²¹⁶.

Importantes desenvolvimentos antes do estabelecimento dos dois tribunais *ad-hoc* permitiram pôr os arguidos em ‘aviso justo’ relativamente à possibilidade de responsabilização criminal por práticas abusivas e “formas de responsabilidade extensivas” cometidas numa série de circunstâncias, sendo que o mais importante destes desenvolvimentos foi a introdução e aceitação quase universal de conceitos de direitos humanos internacionais na “consciência global” do pós-Segunda Guerra, quais valores subjetivos comuns sobre o certo e o errado que houvessem sido adotados por uma maioria representativa dos estados em tratados e declarações¹²¹⁷. A identificação destas normas como *jus cogens*, ou obrigações *erga omnes*, “falaria pela sua potência” e pelo facto de que elas refletem valores tidos como essenciais para a coexistência pacífica da humanidade¹²¹⁸. Apesar de terem como destinatários primários os estados, estes tratados de direitos humanos assinalaram que certas condutas eram internacional e mesmo universalmente banidas¹²¹⁹.

Além de que – ao regularem conduta que tem lugar dentro das fronteiras de um só estado – “ajustaram as expectativas estatais e individuais” acerca do nível de proteção fornecido pela soberania estatal contra o escrutínio internacional dos seus assuntos internos, qual abordagem orientada pela soberania estatal gradualmente suplantada por uma abordagem orientada para o ser-humano¹²²⁰.

Enfim, a natureza em mudança dos conflitos armados, com o declínio de conflitos estritamente internacionais e crescimento de guerras civis e outras guerras não internacionais – juntamente com as “incursões na soberania estatal” pelos regimes de direitos humanos – teriam *dado aviso da probabilidade de que as normas bem desenvolvidas* que regem os conflitos armados internacionais acabariam por se estender a conflitos armados não internacionais e que um regime de responsabilidade penal para tais conflitos era inevitável e iminente¹²²¹.

¹²¹⁶ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 183.

¹²¹⁷ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 183.

¹²¹⁸ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 183.

¹²¹⁹ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 183.

¹²²⁰ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 183.

¹²²¹ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 185.

Tão ou mais ficção jurídica no direito internacional do que no direito interno, assumir-se-ia a omnisciência dos indivíduos relativamente ao direito penal internacional¹²²².

7.1.4. Crítica

Seja qual for o grau de importância do (e o que se deve exatamente entender por) “aviso da probabilidade de que as normas seriam estendidas e a responsabilidade penal inevitável”, há que acentuar que – abordando o problema sob a perspectiva em análise – além dos tratados mencionados, de forma igualmente importante, Nuremberga e a afirmação dos seus princípios pela comunidade internacional como um todo teriam representado o mais relevante “aviso formal”¹²²³. De facto, sendo o poder do precedente o poder do “caminho batido”¹²²⁴, dir-se-ia que “ninguém pode a partir daqui negar ou deixar de saber que os princípios pelos quais os líderes nazis são condenados à perda das suas vidas constituem direito – e direito com sanção”¹²²⁵. Se um “aviso formal” é mesmo necessário – no que a atrocidades diz respeito – para a existência de um “aviso justo”, a partir dali, a existência de responsabilidade criminal não positivada em ‘letra preta’, é inegável. De qualquer forma, o aviso é em relação à criminalidade da conduta e à sua gravidade e não à sua específica qualificação jurídica. E há que inverter a ordem na última proposição da autora da tese em crítica, pois a ficção é muito maior relativamente a alguns comportamentos criminalizados no direito nacional do que no que diz respeito à maioria das condutas criminalizadas a nível internacional.

E se se pode reconhecer que, no julgamento do TMI, o passo para o reconhecimento de que a soberania não é limite ao direito criminal internacional foi ainda tímido, os julgamentos de Nuremberga posteriores e os direitos humanos que se lhe seguiram não deixam dúvidas sobre a previsibilidade relativamente a atrocidades – internacionais, internas ou mistas – se é que alguma vez tasi dúvidas houve.

¹²²² Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 186.

¹²²³ GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 20, define o “notice” como a exigência de que a lei estivesse em existência e fosse aplicável ao agente na altura dos factos. Esta exigência tem sido a proeminente para a doutrina e – mesmo tendo em conta que o cidadão comum não costuma ler ou compreender os detalhes do código penal e que a maior parte dos sistemas jurídicos adere a alguma versão da noção de que a ignorância da lei não é desculpa – garante que existe a oportunidade de ganhar conhecimento do direito penal, o que exige algum tipo de acessibilidade à lei e não um efetivo recebimento da notificação. Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 22.

¹²²⁴ Cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. 226, citando Cardozo.

¹²²⁵ INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Report to the President by Mr. Justice Jackson*, 7 de Outubro 1946 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack63.asp>).

Neste sentido, a tese aqui em análise relata de forma correta que não parece haver grande “espaço de manobra” para alegar injustiça generalizada das decisões dos modernos TPIs, mas deixa a “porta entreaberta” para que se a alegue relativamente a Nuremberga. Quer dizer, se for correto que o que permitiu “ajustar as expectativas individuais” e “dar aviso da probabilidade da extensão” foi o ‘fenómeno global’ correspondente à “introdução dos direitos humanos”, à “identificação das normas como *jus cogens*” e às “incursões na soberania estatal” do pós-Segunda Guerra, então como este fenómeno só se concretizou depois deste conflito, fica próxima a acusação de que, em Nuremberga, a aplicação de direito foi arbitrária.

Há ainda que apontar que a autora – agarrada em demasia, tal como muitas outras teses, à metodologia adotada pelo TEDH para adjudicar desafios fundados no princípio da legalidade e usando-a como moldura para avaliar as inovações jurídicas trazidas pelos TPIs¹²²⁶ – parece identificar o *nullum crimen* com a questão da previsibilidade¹²²⁷. Neste âmbito também se deve anotar que – quer a previsibilidade seja entendida objetivamente, quer subjetivamente, e apesar de se poder discutir se algumas formas de contribuição devem dar azo a responsabilidade criminal –, em termos de *nullum crimen*, releva pouco a circunstância de uma determinada pessoa considerar a sua contribuição particular como pouco iníqua.

Por outro lado, argúi-se que o *nullum crimen* foi violado mas também não se parece dar o devido valor ao que está em discussão. Possivelmente, no entanto, a questão seja só de perspetiva, pois a descrição do processo de formação das decisões é, em larga medida, acertado. A abordagem à questão de sobre se esse processo respeita o *nullum crimen* ou não é que poderá ser diferente.

Apesar da autora corretamente afirmar que o princípio é destinado principalmente a proteger os arguidos – e não a soberania – e de centrar a sua análise na centralidade das proteções processuais do direito internacional dos direitos humanos, o que é facto é que a separação de poderes – que a autora designa como o “outro componente” do *nullum crimen*¹²²⁸ – parece desempenhar um papel relevante na conclusão a que chega. Ora, o autor desta tese é da opinião de que esta separação de poderes, que *deve existir*, tem de ser vista de forma peculiar a nível internacional¹²²⁹ e de que a análise sobre o seu conteúdo se deve separar do problema do *nullum crimen*

¹²²⁶ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, pp. 177 a 182.

¹²²⁷ Cf. *infra* Parte V, 1.1 e 1.2.

¹²²⁸ SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 173.

¹²²⁹ Talvez o discurso do “agente” e do “principal” não seja um mau mote para início de tal discussão.

sob pena até de este emitir exigências contraditórias consoante o “componente” a que se dê prevalência. O seu surgimento como norma de direito costumeiro – alicerçado em Nuremberga e nos direitos humanos que se lhe seguiram – é o de um princípio de proteção do arguido. Como já se deixou claro não se favorecem as decisões dos tribunais que se apoiem no tal “componente” de proteção de uma suposta soberania e ‘menosprezem’ o “componente” de proteção da pessoa¹²³⁰.

Uma outra forma de atacar a divergência é a de sublinhar que provavelmente ela se relaciona com a posição adotada no que diz respeito às fontes de direito internacional. Enquanto a tese em análise parece adotar uma visão estrita destas, reduzindo-as aos tratados e ao costume, afirmando mesmo em relação ao último que os tribunais recorreram a ele para “preencher lacunas” no direito positivo¹²³¹ – e colocando a ênfase no consentimento expresso dos estados para específicas soluções jurídicas – a perspectiva que se vem desvendando sublinha que os estados consentiram na existência de um conjunto de fontes mais vasto – primárias, secundárias, subsidiárias – que devem ser consultadas *in toto* para averiguar da suposta criminalidade de um determinado comportamento.

Na verdade, e se se tivesse de aceitar a ideia de que ao tempo das decisões aqui em causa era difícil determinar quais os atos criminalizados pelo direito internacional, pois o elemento penal do direito internacional humanitário ainda seria rudimentar, o que seria de acentuar é que o seu desenvolvimento continuou aqui a ser *alimentado* por aquelas ideias¹²³² e que – quando o costume em sentido tradicional não estabelece claramente a criminalidade dos atos proibidos – o *pressuposto subjacente* tem sido o de que os ‘tais princípios e o direito penal interno fornecem os elos que faltam’¹²³³. Ou por outras palavras, talvez demasiado ‘liberais’, o direito pode progredir e se adaptar – nacional ou internacionalmente – somente através de um processo criativo, tomando o que há, seja direito costumeiro, princípios gerais ou normas escritas, e suplementando-os – embora não contradizendo diretivas claras quando as haja – por senso comum,

¹²³⁰ Para identificação dos propósitos normalmente ligados ao princípio da legalidade nos sistemas nacionais, cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 20 e 21. Para discussão, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 20 a 31. Cf., também, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 121.

¹²³¹ Assim, SCHAACK, BETH, “The Principle of Legality in International Criminal Law”, p. 2.

¹²³² Cf. *supra* Parte II, 4.6.4.3.

¹²³³ Cf., também, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, p. 563 referindo-se em vez de ao ‘costume em sentido tradicional’ aos tratados e em vez de aos ‘tais princípios e direito penal interno’ ao direito costumeiro e direito penal interno.

experiência e lógica, de forma a chegar a decisões justas dos casos e a fornecer uma fundação em que os casos futuros possam alicerçar novas construções¹²³⁴.

Ao não dar o devido relevo a este quadro mais vasto, a tese em análise chega desnecessariamente à conclusão de que há uma violação do *nullum crimen*, embora aceitável. Mas talvez o que se deva sublinhar é que a autora também afirma que, mesmo quando novos *standards* foram aplicados a comportamento passado, não se violaram os “princípios de ordem superior subjacentes ao princípio” e que quaisquer preocupações que persistam sobre os direitos dos arguidos podem e devem ser mitigadas por práticas ao nível da determinação da pena concreta¹²³⁵, as quais, em certa medida, são empregadas pelos tribunais *ad-hoc*¹²³⁶.

Afirmar esta última que se poderia comentar como sendo uma aproximação bastante acertada ao que verdadeiramente está em causa.

7.2. Tese de que se tem de reconsiderar a forma como se pensa

7.2.1. O que se pensa e o como se pensa

No pólo, de alguma forma, oposto à tese anterior, aponta-se que, como juristas de direito humanos apoiam-se interpretações progressistas e expansivas para proteger as vítimas, mas depois, como juristas de direito criminal, vem à memória que só se pode aplicar a lei existente, ou seja, ao mesmo tempo, louvam-se e renegam-se aquelas expansões¹²³⁷.

Provavelmente, haveria que mudar os hábitos de raciocínio, hábitos que levam a violar princípios fundamentais, como o da legalidade¹²³⁸, e ter-se-ia ainda de *identificar convincentemente a raiz do que é que um aviso justo exige em circunstâncias onde não há uma legislatura*¹²³⁹.

“Insistir-se-ia fervorosamente” na interpretação estrita, no ‘para além de toda a dúvida’, no ‘claramente’, mas na prática importar-se-iam os princípios de interpretação

¹²³⁴ Assim, 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. Sobre o uso da equidade na jurisprudência do TPJI e TIJ cf. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 44 a 46.

¹²³⁵ Estreitamente ligadas às regras de condenação nacionais que regem crimes domésticos análogos.

¹²³⁶ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 120.

¹²³⁷ Assim, Observações de Darryl Robinson em SCHAACK, BETH, “The Principle of Legality in International Criminal Law”, p. 4 (*Observações de Darryl Robinson*).

¹²³⁸ Assim, *Observações de Darryl Robinson*, p. 4

¹²³⁹ Assim, *Observações de Darryl Robinson*, p. 5.

do direito dos direitos humanos que favorecem uma interpretação ampla, liberal e progressiva de modo a “dar o efeito máximo às suas disposições”¹²⁴⁰.

Começar-se-ia por uma interpretação teleológica, “amiga dos direitos humanos”, assumindo-se que o exclusivo objeto e fim do direito penal internacional seria a proteção das vítimas, permitir-se-ia depois que “este objeto e fim presumido assumisse dominância sobre as outras considerações”, incluindo o próprio texto, e resolver-se-iam todas as ambiguidades através da adoção da interpretação mais ampla, não restando depois nenhuma ambiguidade para resolver e, assim, apesar do princípio *in dubio pro reo*, com este método, a realidade seria bem mais a oposta, *in dubio contra reo*¹²⁴¹.

Sustentando-se que há inúmeros exemplos desta técnica, exemplifica-se com *Tadić*¹²⁴², decisão na qual o tribunal, confrontado com cinco homicídios que não encaixavam nos modos de responsabilidade listados no Estatuto, afirmou que o objetivo do Estatuto era cobrir *todas as pessoas* responsáveis, qualquer que tenha sido a forma de cometimento, lendo-se assim um novo modo de responsabilidade no Estatuto e garantindo-se a condenação¹²⁴³.

Entre os exemplos mais problemáticos, destacam-se algumas das concretizações jurisprudenciais dos conceitos de empresa criminal conjunta e de responsabilidade por comando¹²⁴⁴.

Para se resolver o problema da legalidade, ter-se-ia de “desemaranhar os fios contraditórios do raciocínio adotado”, o que implicaria uma “revisão crítica dos hábitos de arazoamento”, das “assunções partilhadas”, dos “atalhos acordados”, o que seria difícil porque teria de se reconsiderar não só o *que* se pensa mas o *como* se pensa¹²⁴⁵.

A ideia seria a de que o direito penal internacional – ao se apoiar no direito penal nacional e no direito internacional dos direitos humanos – absorveu assunções e métodos de raciocínio contraditórios, tendo as assunções do liberalismo dos direitos humanos subtilmente minado o liberalismo do direito criminal por três formas: “abordagens interpretativas”, “fusão substantiva e estrutural” e “assunções ideológicas”¹²⁴⁶. Avançando-se, a partir daqui, uma teoria sobre uma “crise de identidade” do direito penal internacional que ajudaria a explicar porque é que um

¹²⁴⁰ Assim, *Observações de Darryl Robinson*, p. 5.

¹²⁴¹ Assim, *Observações de Darryl Robinson*, p. 5. ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 934.

¹²⁴² *Tadić Julgamento Recurso*.

¹²⁴³ Assim, *Observações de Darryl Robinson*, p. 5.

¹²⁴⁴ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *passim*.

¹²⁴⁵ Assim, *Observações de Darryl Robinson*, p. 6.

¹²⁴⁶ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 925.

sistema, que se esforça para servir como modelo para sistemas liberais de justiça criminal, acabou por abraçar doutrinas iliberais que contradizem os seus princípios fundamentais¹²⁴⁷.

Quanto à influência das abordagens interpretativas dos direitos humanos e do direito humanitário – tal como o raciocínio teleológico centrado na vítima – não só prejudicam a interpretação estrita, mas também fomentam “interpretações arrebatadoras que entram em conflito com a culpabilidade e uma rotulagem justa”¹²⁴⁸. A fusão estrutural e substantiva – com a sua assunção de que as normas criminais são coincidentes com normas semelhantes do direito dos direitos humanos ou do direito humanitário – negligencia, não só a estrutura e consequências diferentes dessas áreas do direito, mas também, em consequência, os princípios especiais necessários para a culpabilização e punição dos indivíduos¹²⁴⁹. Enfim, as assunções ideológicas sobre o progresso e soberania podem promover uma preferência por doutrinas mais amplas e um abandono de princípios fundamentais¹²⁵⁰.

A história é contada como se segue.

Depois de décadas de inatividade, o direito penal internacional foi objeto de um crescimento explosivo em meados da década de 1990, tendo o *boom* na criação de instituições e na articulação de normas levado a uma súbita necessidade de juristas de direito penal internacional, e, como existiam poucas dessas criaturas, o vácuo foi preenchido – pelo menos, no início – principalmente por juristas internacionais com formação ou experiência em áreas relacionadas com o direito dos direitos humanos, que ardentemente adotaram as formas e princípios do direito penal, compreendidos estes, no entanto, através das lentes e assunções normativas dos seus domínios nativos de especialização¹²⁵¹.

A sugestão não seria a de que as assunções dos direitos humanos e do direito humanitário fossem a única causa do afastamento dos princípios fundamentais, pois outras influências poderiam estar em funcionamento, tais como: como o direito penal internacional trata de violações de magnitude e de gravidade excecional, os estudos indicariam que, quanto mais grave o crime, maior a pressão para condenar e maior a probabilidade para ver um acusado como responsável pelo crime; os incentivos a juízes

¹²⁴⁷ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 925.

¹²⁴⁸ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 929.

¹²⁴⁹ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 929.

¹²⁵⁰ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 929.

¹²⁵¹ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 928.

e profissionais numa área emergente para demonstrar a eficácia do seu campo de trabalho e aumentar a sua influência e prestígio, através da expansão do alcance e do papel do direito penal internacional; incentivos reputacionais, como, por exemplo, o do juiz, profissional ou académico que defende interpretações amigas à da condenação, podendo assim esperar ser aplaudido como progressista e compassivo por comunidades que lhe concederiam estima¹²⁵².

Muitos atores tradicionalmente liberais – tais como ONGs e académicos – que, no contexto nacional, estariam vigilantes para proteger potenciais arguidos, localizar-se-iam agora entre as vozes mais estridentes pró-acusação, argumentando em favor de definições de crime e modos de responsabilidade amplos e causas de exclusão de responsabilidade estritas, a fim de garantir condenações e, assim, presumivelmente cumprir o direito da vítima à justiça¹²⁵³.

Em direito penal internacional, as doutrinas não liberais não apareceriam com a roupagem autoritária clássica mas com uma roupagem liberal – a do liberalismo dos direitos humanos – sendo assim prontamente aceites e absorvidas pelo sistema¹²⁵⁴.

A confiante maximização da proteção das vítimas – a fim de vindicar os seus direitos – poderia culminar na punição de indivíduos sem aviso justo, culpa, ou rotulagem justa e, desta forma, o liberalismo dos direitos humanos *produz um sistema penal que é cada vez mais autoritário* na sua desconsideração por princípios que o constroem, e que correria o risco de usar o acusado como objeto de um exercício didático¹²⁵⁵.

O problema seria ainda agravado pela severidade e escala dos crimes e a extrema dificuldade em conseguir detenções, o que significaria que – uma vez estando o acusado em julgamento – o desejo de infligir uma lição clara seria mais forte, como que para servir a função didática do direito penal internacional, com a esperança desesperada de tentar ter um impacto preventivo em situações caóticas, afirmando-se ainda que por vezes pareceria que o direito penal internacional procura compensar a sua fragilidade no campo através de mais regras draconianas, ou por outras palavras, a *compensar a fraqueza material com dureza normativa*¹²⁵⁶.

¹²⁵² Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 929.

¹²⁵³ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 930.

¹²⁵⁴ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 931.

¹²⁵⁵ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 931.

¹²⁵⁶ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 944.

7.2.2. Crítica

7.2.2.1. Um entendimento menos correto do *nullum crimen*

O mínimo que se pode dizer, para começar – e para colocar a análise que se segue em contexto –, é que toda esta análise é exagerada.

Partindo do princípio de que a tese explanada não pretende sugerir que a jurisprudência do direito penal internacional é toda um fiasco¹²⁵⁷, e que algumas das distorções se podem estar a esbater à medida que os peritos em direito penal internacional são cada vez mais gente ligada ao direito criminal¹²⁵⁸, o que vai nela assumido é que, em larga medida, os TPIs violaram o princípio da legalidade.

Não se vê, no entanto, que tenham, neste aspeto particular, pecado especialmente. *Erdemović*, ao qual as últimas ideias parecem aludir, foi exceção. A “abordagem baseada em considerações de política a adotar” aqui seguida pela maioria não parece ter sido replicada. As posições mais arrojadas (por exemplo, as posições dos juízes Shahabuddeen e Hunt em *Hadžihasanović*¹²⁵⁹) não parecem, em geral, ter tido vencimento. De qualquer forma, a tese em análise falha em identificar as supostas violações.

Quanto à empresa criminal conjunta¹²⁶⁰ e à responsabilidade por comando¹²⁶¹, o autor da tese em crítica não explica de forma clara em que situações é que o uso destes conceitos pelos TPIs colidem com o *nullum crimen*, pois a abordagem que adota centra-se na sua colisão com o princípio da culpabilidade e o princípio da rotulagem justa. Possivelmente a colocação do problema no âmbito do *nullum crimen* só se deva a um entendimento menos correto sobre o que é que este, na verdade, significa.

¹²⁵⁷ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 931. A abordagem inicial do autor, no entanto, parecia sugerir o contrário (cf., os escassos exemplos de decisões que não embarcam na história descrita, em ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 931, n. 24)

¹²⁵⁸ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 932. Cf., também DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law”, p. 32 que sustenta que os juízes do Tribunal de Recurso em *Tadić Jurisdição Recurso* eram em grande parte juízes de tribunais internacionais, diplomatas internacionais, ou professores de direito internacional, que podem ter estado mais confortáveis a interpretar amplamente princípios jurídicos internacionais que os mais recentes juízes do TPIAJ, cuja experiência profissional tende a incluir mais experiência em direito penal e julgamento internos. Cf., também, sobre a composição dos juízes no TPIAJ, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 103, sustentando que se conseguiu um bom equilíbrio.

¹²⁵⁹ Cf. *infra* Parte V, 1.4.

¹²⁶⁰ ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *passim* (em especial, pp. 938 a 943). A crítica académica à adoção pelos TPIs deste modo de responsabilidade é vasta. Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 560 a 580.

¹²⁶¹ ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, *passim* (em especial, pp. 949 a 955).

7.2.2.2. Empresa criminal conjunta

A abordagem à decisão em *Tadić* sobre a ECC – e apesar da relevância dos problemas levantados – é especialmente problemática, pois o autor dirige o foco do seu exame para a análise do Estatuto e para os modos de responsabilidade lá previstos, parecendo se esquecer que o *nullum crimen* não se confunde com a questão jurisdicional implicada no Estatuto¹²⁶².

O autor sustenta que a inexistência de uma base clara no Estatuto conduziria a uma violação do princípio da legalidade¹²⁶³. E, tratando o princípio da legalidade e o *nullum crimen* como um, e o mesmo, conceito, dá uma definição que pode levar a explicar a abordagem. O autor propõe que as definições não podem ser aplicadas retroativamente e que têm de ser estritamente construídas para que forneçam aviso justo aos indivíduos e constriam o exercício arbitrário de poder¹²⁶⁴.

“[T]he principle of legality (nullum crimen sine lege), which requires that definitions not be applied retroactively and that they be strictly construed (in dubio pro reo, rule of lenity), in order to provide fair notice to individual actors and to constrain arbitrary exercise of coercive power”.

Ao falar em definições parece que está a pensar nas normas jurisdicionais dos estatutos e não no direito costumeiro.

A partir daqui identifica o problema, focando-se em trechos da decisão na qual o tribunal, primeiro, afirma que uma interpretação do Estatuto com base no seu objeto e finalidade leva à conclusão de que o Estatuto tem a intenção de estender a jurisdição do tribunal a todos aqueles responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário cometidas na Antiga Jugoslávia e, depois, conclui que, assim, *“todos aqueles que cometeram violações sérias do direito internacional humanitário, seja qual for a maneira pela qual eles possam ter cometido ou participado na perpetração de tais violações, têm de enfrentar a justiça. Se tal for desta forma, seria justo concluir que o Estatuto não se confinaria a estabelecer jurisdição sobre as pessoas que planeiam,*

¹²⁶² Esta confusão parece ser espalhada. Cf., por exemplo, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 214; JACOBS, DOV, “Positivism and International Criminal Law: The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories”, Draft Version Submitted For Publication In. d’Aspremont and J. Kammerhofer (eds), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (disponível em <http://ssrn.com/abstract=2046311>), por exemplo, pp. 36 a 38.

¹²⁶³ Cf., em especial, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 942, n. 98.

¹²⁶⁴ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law” p. 926.

instigam, ordenam, perpetram fisicamente um crime ou de outra forma ajudam e incitam o seu planeamento, preparação ou execução. O *Estatuto não pára aqui*¹²⁶⁵.

Poder-se-ia adivinhar que a ideia subjacente a este raciocínio seria a de que o número relativamente pequeno de arguidos nos fóruns internacionais levaria a que – uma vez adquirida a prova – seria grande a tentação de considerar qualquer arguido como responsável pela mais ampla faixa de atropelos possível¹²⁶⁶, mas o problema seria que o Estatuto *de facto pararia ali* e que a interpretação do tribunal daria luz verde aos juízes para determinar quais as pessoas responsáveis independentemente dos termos dos estatutos, permitindo ao Tribunal de Recurso substituir uma absolvição por uma condenação, método de interpretação este que estaria longe dos “princípios declarados de interpretação estrita”, de “apoio em termos não ambíguos” e de “rejeição de inferências duvidosas”¹²⁶⁷.

Talvez seja avisado ‘recordar’ aqui que a interpretação é uma operação que é sempre necessária quando se aplica uma norma jurídica e que se deve começar sempre pela redação de um estatuto, mas que isso deve ser feito tendo em conta o seu contexto jurídico e factual, e que a velha máxima *in claris non fit interpretatio* é, na verdade, falaciosa, pois não dá a devida relevância ao espectro de significados que as palavras – e, sobretudo, uma coleção de palavras – podem ter, além de que não se dá conta de que o contexto pode determinar o significado, e que isso é particularmente verdadeiro quando o que está em jogo é a construção, não de uma única disposição, mas de muitas normas jurídicas contidas numa lei nacional ou numa peça de legislação internacional¹²⁶⁸.

O processo não é o de interpretar o texto inicialmente para determinar se existe uma lacuna e – se a houver – interpretar uma segunda vez para tratar do problema criado pela lacuna, mas mais simplesmente o de realizar um exercício simples de construção, referindo-se a qualquer que seja o contexto relevante¹²⁶⁹, abarcando o contexto todos os adjuvantes legítimos à interpretação¹²⁷⁰.

Parece ser de chamar a atenção para que ‘ninguém’ lê as definições, principalmente se elas não existiam ao tempo dos factos. Sublinha-se assim que, ao se centrar na interpretação do Estatuto, o autor parece esquecer que, em termos de *nullum crimen*, o que interessa é a interpretação do direito em vigor à data dos factos, e assim

¹²⁶⁵ *Tadić Julgamento Recurso*, para. 190 (itálicos adicionados).

¹²⁶⁶ Esta ideia em DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 95.

¹²⁶⁷ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 943.

¹²⁶⁸ Este parágrafo em *STL Terrorism*, pp. 17 e 18, para. 19.

¹²⁶⁹ Assim, *STL Terrorism*, p. 18, para. 19.

¹²⁷⁰ Assim, *STL Terrorism*, p. 18, para. 20.

nem se dá ao trabalho de citar as longas páginas que o tribunal dedicou para suportar a sua decisão no direito costumeiro vigente à época dos factos, direito este que, *de facto*, suporta a abordagem do tribunal.

Em especial, uma análise cuidada da decisão do TMI à luz da sua Carta e decisões de vários casos decididos à luz da CC10 mostra que elas aplicam um conceito análogo ao da ECC sob a nomenclatura de ‘plano comum’, ‘ação criminal concertada’ ou ‘propósito comum’¹²⁷¹.

Começando-se pelas últimas, o artigo II (2) da CC10 estabelecia que “qualquer pessoa independentemente da nacionalidade ou da qualidade em que tenha atuado, *se considera como tendo cometido um crime*, tal como definido no n.º 1 do presente artigo, se (a) fosse principal ou (b) fosse *acessório à prática de qualquer tal crime ou tenha ajudado e encorajado o mesmo* ou (c) tornasse parte nele com o seu consentimento ou (d) *estivesse ligado a planos ou empresas que envolvessem a sua comissão* ou (e) fosse membro de qualquer organização ou grupo ligado à prática de qualquer desses crimes ou (f), com referência ao parágrafo 1 (a) tivesse uma alta posição política, civil ou militar (incluindo o *General Staff*) na Alemanha ou num dos seus aliados, cobeligerantes ou satélites ou tivesse uma alta posição na vida financeira, industrial ou económica de qualquer desses países”¹²⁷².

À luz desta lei tanto o perpetrador principal como uma pessoa que “fosse um acessório à prática de qualquer tal crime ou tivesse ajudado e encorajado o mesmo” ou que “estivesse ligada a planos ou empresas que envolvessem” o cometimento de um crime eram considerados *como tendo cometido esse crime*¹²⁷³.

Ora, contraste-se com *Tadić*, em se exigiu uma pluralidade de pessoas, a existência de um propósito ou plano comum que compreendesse ou implicasse a prática de um crime previsto no Estatuto e a participação do acusado neste propósito comum¹²⁷⁴ e que o crime intencionado (ou previsível na ECC III) tivesse tido lugar¹²⁷⁵.

Considerou-se ainda em *Tadić* que seria errado ignorar o papel de todos aqueles que, *de alguma forma, tornaram possível* o cometimento de um crime pelo perpetrador físico¹²⁷⁶. O que poderia muito bem ser interpretado – e apesar de a decisão não o articular explicitamente¹²⁷⁷ – no

¹²⁷¹ Assim, também, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, pp. 68 a 85.

¹²⁷² Itálicos adicionados.

¹²⁷³ ‘Cometer’ aqui compreendia qualquer forma de responsabilidade. Cf. ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Brđanin*, 3 de Abril 2007 (*Brđanin Julgamento Recurso*), para. 395. Cf., também, ICTY, Judgment, Separate Opinion of Judge Meron, *Prosecutor v. Brđanin*, 3 de Abril 2007 (*Brđanin Meron*), p. 168, n. 2.

¹²⁷⁴ *Tadić Julgamento Recurso*, para. 227.

¹²⁷⁵ *Brđanin Julgamento Recurso*, para. 430.

¹²⁷⁶ *Tadić Julgamento Recurso*, para. 197.

¹²⁷⁷ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 166.

sentido de que nem todos os tipos de conduta atingiriam o nível de uma contribuição *significativa*¹²⁷⁸ suficiente para o crime de forma a poderem ser fundamento de uma responsabilidade penal do acusado em relação ao crime em questão¹²⁷⁹.

E sublinhe-se que, neste contexto, a *mens rea* exigida pelo tribunal não era particularmente fraca. No que diz respeito à ECC III afirmou-se que “é adequado aplicar a noção de ‘propósito comum’ somente se estiverem verificados os seguintes requisitos relativos à *mens rea*: (i) a intenção de participar numa empresa criminal conjunta e promover – individualmente e em conjunto – os fins criminosos dessa empresa; e (ii) a previsibilidade da possível comissão por outros membros do grupo de infrações que não constituem o objeto do propósito criminoso comum. Por conseguinte, os participantes têm de ter tido em mente a intenção, por exemplo, de maltratar prisioneiros de guerra (mesmo que tal plano tenha surgido subitamente) e um, ou alguns, dos membros do grupo têm de os ter, na realidade, matado. No entanto, para que a responsabilidade pelas mortes seja imputável aos outros, todos no grupo têm de ter sido capazes de prever este resultado. Deve-se notar que *é necessário mais do que negligência*. O que é exigido é um estado mental em que uma pessoa, embora não tenha tido a intenção de produzir um certo resultado, *estava consciente* de que as ações do grupo conduziram com *muita probabilidade* a esse resultado, mas mesmo assim *voluntariamente assumiu esse risco*. Por outras palavras, é exigido o chamado *dolus eventualis* (também chamado ‘*advertent recklessness*’ em alguns sistemas jurídicos nacionais)”¹²⁸⁰.

Não se pode deixar de concluir que – quando todos estes pressupostos estiverem reunidos para além de dúvida razoável – o acusado “fez muito mais” do que simplesmente se associar com pessoas criminosas, pois tem a intenção de cometer um crime, juntou-se a outros para atingir esse objetivo e teve uma contribuição significativa para a comissão do crime, podendo assim ser apropriadamente responsabilizado, não só pela sua própria contribuição, mas também pelas ações dos seus parceiros membros da ECC que promovem o crime (ECC I) ou que são consequências previsíveis da realização deste crime (ECC III)¹²⁸¹. O facto de, na prática, esta abordagem poder levar a algumas disparidades, na medida em que não oferece nenhuma distinção formal entre os membros da ECC que têm “contribuições esmagadoramente grandes” e membros da ECC cujas contribuições – embora significativas – “não são tão grandes”, não deve fazer esquecer que tal eventual disparidade é adequadamente tratada no momento da determinação da pena¹²⁸².

¹²⁷⁸ Já não necessária ou substancial. *Brđanin Julgamento Recurso*, para. 430. Em *Milutновиć Jurisdição Recurso*, paras. 23 a 26 este elemento é utilizado para distinguir a ECC de conceitos próximos como a conspiração e o ser membro de uma organização criminosa.

¹²⁷⁹ *Brđanin Julgamento Recurso*, para. 427.

¹²⁸⁰ *Tadić Julgamento Recurso*, para. 220. Os itálicos correspondentes ao ‘necessário mais do que negligência’ ao ‘estava consciente’ ao ‘muita probabilidade’ e ao ‘voluntariamente assumiram esse risco’ foram adicionados.

¹²⁸¹ Assim, *Brđanin Julgamento Recurso*, para. 431.

¹²⁸² Assim, *Brđanin Julgamento Recurso*, para. 432. Cf., também, *STL Terrorism*, para. 245. Cf., também, D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 13, referindo-se a um elevado grau de discricionariedade dos juízes.

Em especial, em relação aos casos *Essen Lynching* e *Borkhum Island*¹²⁸³, é difícil negar o suporte que eles dão para a terceira vertente do conceito de ECC. Mesmo os mais críticos acabam por aceitar que os casos de prisioneiros de guerra citados em *Tadić* fornecem apoio para a posição do tribunal sobre o ‘plano comum’ e para a aplicação da doutrina aos factos particulares do caso *Tadić*, embora não forneçam fundamento jurídico para as ECCs abrangentes – algumas das quais se estendem por vários anos e por regiões inteiras e mesmo países – que foram usadas em casos posteriores no TPIAJ¹²⁸⁴.

Quase escusado seria quase dizer que relativamente a estes a culpa lhes será mais bem atribuída individualmente, a não ser que se considere *Tadić* como parte de uma qualquer empresa judicial conjunta na qual as posteriores decisões deveriam ter sido antecipadas em *Tadić* como consequência previsível da sua formulação sobre a ECC III.

E é de ‘lembrar mais uma vez’ que se deve ter cuidado a estender o significado de um *dictum* judicial a um campo que ele não tinha em contemplação¹²⁸⁵. Embora aqui não se esteja perante um mero *dictum*, a ideia a passar deve ser análoga. É com os particulares factos do caso que os juízes se devem, em maior medida, preocupar. Qualquer aplicação futura da formulação da ECC III em *Tadić* deve sempre passar pelo crivo de os factos serem ou não de facto análogos a *Tadić*. Daí que um alargamento indevido da formulação em *Tadić* a casos de ECC em contextos mais vastos só pode ser imputada a essas decisões subsequentes e analisadas no seu contexto¹²⁸⁶.

Porém, dir-se-ia até – e como sugerido em *Brđanin* – que alguma da linguagem usada em *Tadić*, e em casos posteriores que utilizaram essa linguagem, nomeadamente expressões que parecem restringir uma ECC – pelo menos na sua terceira categoria – a crimes fisicamente perpetrados pelos seus participantes, é demasiado restrita¹²⁸⁷. Na verdade – e mesmo descontando o facto de o mero conhecimento ser considerado suficiente para fundar a responsabilidade penal em casos decididos à luz da CC10 – dificilmente se pode sustentar que *Einsatzgruppen* não fornece precedente para a condenação de uma pessoa que deu o seu contributo para um propósito criminoso comum de grande escala, aceitando como consequência previsível que seriam cometidos crimes por outros¹²⁸⁸. Parece correta também a afirmação de

¹²⁸³ Cf., a análise convincente de SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, pp. 77 a 81, acrescentando ainda o caso *Trial of Hans Renoth and Three Others*.

¹²⁸⁴ Assim, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, pp. 111 e 112. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 564, sustenta que o tribunal “andou a escolher” casos pós-Segunda Guerra para justificar a doutrina como sendo direito costumeiro e explicar os seus elementos.

¹²⁸⁵ Cf. *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 396.

¹²⁸⁶ Cf., também, *Brđanin Julgamento Recurso*, para. 406.

¹²⁸⁷ Assim, *Brđanin Julgamento Recurso*, para. 407.

¹²⁸⁸ Assim, *Brđanin Julgamento Recurso*, para. 422, n. 900. Segundo SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, pp. 81 a 83, e no que diz respeito às ECCs mais abrangentes, *Eichmann* poderá indiciar que, pelo menos quando associadas a uma qualquer posição de autoridade relevante por parte do arguido, elas também já estavam “infiltradas” no direito internacional.

que não há risco de que o colar a responsabilidade por uma ECC a um indivíduo que está “estruturalmente remoto” em relação ao crime aumente a possibilidade de ele ser culpado por uma ‘mera associação’, pois a responsabilidade, nos termos da ECC, exige a participação do acusado, a qual pode assumir a forma de assistência ou contribuição para a execução do propósito comum¹²⁸⁹. E ainda a de que o *standard* de *mens rea* exigido é, e deve ser, o da ‘possibilidade’ e não o da ‘probabilidade’. Porém, o *standard* não é satisfeito em cenários remotos implausíveis pois “[p]lotted in a spectrum of possibility, o *standard* de *mens rea* da ECC III não exige um entendimento de que o crime desviante seria *provavelmente* cometido; exige todavia que a *possibilidade de que um crime pudesse ser cometido seja suficientemente substancial de modo a ser previsível pelo acusado*”¹²⁹⁰. Um “risco suficientemente substancial” que tivesse permitido ao acusado – que voluntariamente o assumiu pela sua contínua participação na ECC – o prevenir¹²⁹¹.

Repare-se ainda que a ECC III tem como premissa a prévia existência de uma ECC I ou II, existindo assim umnexo causal entre o crime acordado e o crime adicional, o primeiro *conditio sine qua non* do segundo, tendo todos os participantes já se juntado para cometer crimes internacionais de extrema gravidade e podendo, nestas circunstâncias, a sociedade legitimamente esperar que os participantes na ECC fiquem particularmente atentos para as possíveis consequências da sua ação criminosa concertada¹²⁹².

Também se poderia equacionar se, e apesar de a disposição em causa ser provavelmente dirigida apenas aos maiores criminosos de guerra, a criminalidade dos atos correspondentes à ECC III também não resultaria já do último parágrafo do artigo 6 da Carta, que estabelecia que “os líderes, organizadores, instigadores e *cúmplices* que tenham participado na formulação ou execução de um plano comum ou conspiração para cometer qualquer dos crimes da Carta são responsáveis *por todos* os atos praticados *por quaisquer pessoas* na execução de tal plano”¹²⁹³, pelo menos se interpretado no sentido da formulação do princípio VII da ILC que afirmava que a *cumplicidade* na prática de um crime contra a paz, crime de guerra ou um crime contra a humanidade *é um crime* à luz do direito internacional¹²⁹⁴.

¹²⁸⁹ Assim, *Vasiljević*, para. 100. Cf., ainda, *Milutonović Jurisdição Recurso*, para. 23, onde o tribunal sublinha que para um membro ser responsável tem de ter tomado ação “em promoção” do acordo.

¹²⁹⁰ Assim, ICTY, *Decision on Prosecution's Motion Appealing Trial Chamber's Decision on JCE III Foreseeability, Prosecutor v. Karadžić*, 25 Junho 2009, para. 18. Além dos itálicos das expressões em inglês e latim, os da última frase foram adicionados.

¹²⁹¹ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 168 e 169.

¹²⁹² Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 169 e 170.

¹²⁹³ Itálicos adicionados.

¹²⁹⁴ Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 194, marg. 511. Segundo BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 485, esta formulação é um erro que resultou de confusão entre diferentes formas de responsabilidade vicária.

Na verdade, em sentido técnico, a ECC não é mais que uma forma de cumplicidade¹²⁹⁵, uma “outra forma de ajudar e encorajar”¹²⁹⁶, pelo menos se se entender a cumplicidade como uma situação de comparticipação em que duas ou mais pessoas têm algum papel na prática de um crime¹²⁹⁷. Equacionar uma condenação por uma ECC com o modo de responsabilidade ‘cometer’¹²⁹⁸ é – na verdade, e de certa maneira – uma “ficção”, embora uma “ficção com algum sentido”¹²⁹⁹, pois que não é uma mera ajuda e encorajamento, o que, de qualquer forma, não faz esquecer que por vezes ela deva ser equacionada com um outro modo de responsabilidade¹³⁰⁰ de forma a fazer corresponder a condenação ao crime¹³⁰¹. Modo de responsabilidade essoutro que tanto pode corresponder a uma forma de “perpetração primária ou principal” como a um “modo de responsabilidade secundária ou acessória”¹³⁰².

E por isso há que sublinhar que, o facto de se tratar a ECC como modo de perpetração principal, não significa que os juízes não tenham de refletir na pena a exata contribuição do indivíduo para a ECC, não sendo de admirar que muitas destas penas possam ficar perto – ou mesmo abaixo – daquelas que corresponderiam a uma ajuda e encorajamento. Os ‘factos’ de a pena depender de muitos outros fatores, para além do papel do indivíduo nos crimes, de ser a gravidade do crime – e não a participação do arguido – que constitui a “consideração primordial” na pena e de haver outras considerações relevantes – tal como o número de vítimas, o sofrimento delas e a cooperação do arguido com o procurador¹³⁰³ – não são problemas específicos da ECC, existindo de forma análoga em todos os outros modos de responsabilidade,

¹²⁹⁵ Assim, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 139.

¹²⁹⁶ Cf. *Milutnović Jurisdição Recurso*, para. 19.

¹²⁹⁷ Cf. CAEIRO, PEDRO/LEMONS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – Judgment, *Prosecutor v. Kalimanzira*”, p. 497. Cf., também, ASHWORTH, ANDREW, *Principles of Criminal Law*, 5.ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 410.

¹²⁹⁸ SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, p. 218, estabelece a distinção entre um ‘modo de responsabilidade’ e um ‘método de cometer um modo de responsabilidade’. Aqui o primeiro seria o ‘cometer’. O segundo, a ECC.

¹²⁹⁹ Assim, *Brđanin Meron*, para. 5.

¹³⁰⁰ Assim, *Brđanin Meron*, paras. 6 a 8. Mas cf. *Milutnović Jurisdição Recurso*, para. 20.

¹³⁰¹ Assim, *Brđanin Meron*, para. 8.

¹³⁰² Expressões de WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, por exemplo, p. 195, marg. 513, incluindo na primeira, a ‘comissão enquanto perpetrador’ e a ‘ECC’ e na segunda o ‘planeamento’, a ‘ordenação’, a ‘instigação’, e a ‘ajuda e encorajamento’. Há ainda que não esquecer que apesar de, por exemplo, uma ajuda e encorajamento ser vista como uma contribuição para a perpetração da “infração principal”, a pessoa que ajudou ou encorajou é condenada pela “infração principal”. Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 498. “Quem tiver planeado, instigado, ordenado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver ajudado e encorajado a planear, preparar ou executar um dos crimes referidos nos artigos 2 a 5 do presente Estatuto tornar-se-á individualmente responsável pelo referido crime” (artigo 7 ETPIAJ).

¹³⁰³ Assim, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 141.

principalmente numa ajuda e encorajamento e numa responsabilidade como comandante. Basta olhar para penas de 30 anos por ajuda e encorajamento (por exemplo, Radoslav Brđanin) para perceber que a noção de que esta é uma forma de responsabilidade que, ‘em geral’, dá lugar a uma pena mais leve da que é apropriada para um coperpetrador¹³⁰⁴, é algo que vale *em geral*. O que se pode aceitar é que a tendência geral é a de que, na escala de penas, enquanto a perpetração está no patamar mais elevado, as formas de cumplicidade estão no pólo oposto, e que, apesar de o direito penal internacional não estabelecer a obrigatoriedade de uma pena menor para uma ajuda e encorajamento – em oposição à perpetração principal –, na prática, à primeira têm correspondido a penas mais leves¹³⁰⁵.

Relativamente ao último parágrafo do artigo 6 da Carta, o TMI afirmou que ele não adiciona um crime novo e separado diferente daqueles que constam da Carta e que o seu objetivo é o de estabelecer a responsabilidade de pessoas que participam num plano comum¹³⁰⁶. Desta forma, o TMI deixou cair – no seu ponto 1 – a acusação de que os arguidos conspiraram para cometer crimes de guerra e crimes contra a humanidade, considerando apenas o plano comum para preparar, iniciar e levar a cabo a guerra agressiva¹³⁰⁷. Como a prova submetida para o ponto 1 e ponto 2 da acusação foi a mesma e relacionada com a guerra agressiva¹³⁰⁸ – relativamente à qual a conspiração ou o plano comum estavam expressamente previstos no artigo correspondente aos crimes contra a paz – a decisão do tribunal é justificada. Daí que esta é a *razão* da redução do âmbito da acusação por conspiração¹³⁰⁹. E é natural também que um julgamento dedicado aos maiores criminosos de guerra não tenha de ter lidado com aquela disposição relativamente aos participantes menores em crimes de guerra e contra a humanidade. E daí que o criticismo, à não menção em *Tadić*, a essa parte do julgamento do TMI não parece ser correto¹³¹⁰.

¹³⁰⁴ Assim, *Vasiljević*, 182.

¹³⁰⁵ Cf., sobre aquela ideia e esta realidade CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 162 e 195.

¹³⁰⁶ *Göring*, p. 450.

¹³⁰⁷ *Göring*, p. 450.

¹³⁰⁸ *Göring*, p. 448.

¹³⁰⁹ Cf., também, *Milutinović Jurisdição Recurso*, para. 22.

¹³¹⁰ Mas, cf. DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, pp. 116 a 120, que se parecem focar em demasia numa análise do problema ligado à categoria crime/teoria de responsabilidade anglo-saxónica da conspiração, quando o que, de facto, o tribunal sublinhou foi a natureza de modo de responsabilidade – que não de crime autónomo – da disposição em causa. Cf., ainda, sobre o caráter *ex post facto* da disposição relativa à conspiração, sua ausência da CC10 e interpretação restrita desta pelo TMI, sob a influência do juiz francês, que se revelou decisiva, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 202. Cf., também, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 141.

Já dedutível, à altura de Nuremberga, de uma sábia aplicação dos princípios gerais de direito comuns¹³¹¹ – e à luz de um modelo unitário de autor utilizado pelo TMI e processos subsequentes em Nuremberga e segundo o qual qualquer tipo de facilitação ou suporte a atos criminais é participação criminal¹³¹² – a criminalidade de tais atos estaria pois já enraizada no direito internacional, devendo-se, *no mínimo*, aceitar a afirmação de que foi a natureza de mudança de paradigma do precedente de Nuremberga – e a sua aceitação universal e sem qualificações pelas nações do mundo em 1946 – que cristalizaram a ECC como modo de responsabilidade criminal individual à luz do direito costumeiro apesar de um número inicial limitado de casos que refletissem prática estatal¹³¹³.

O nome não existia antes, tal como não foi com Nuremberga que passou a existir; mas só mais tarde.

De qualquer forma, um crítico ‘tardio’ a esta parte da decisão – à qual o próprio presidiu mas cuja autoria não é sua – avança que considerar a ECC como direito costumeiro sem prova de intenção foi um erro, e que parte considerável do mundo prefere a teoria da coperpetração, mas que – não sendo, nem uma, nem a outra, direito costumeiro – há um corpo de direito que autoriza a aplicação de uma ou da outra, corpo de direito este apelidado de “criatividade judicial”, tendo o TPIAJ optado pela ECC¹³¹⁴.

Por último, refira-se ainda que, por exemplo, no Código Penal vigente na Antiga Jugoslávia, os cúmplices de crimes de guerra deveriam ser punidos como se eles próprios tivessem cometido crimes de guerra¹³¹⁵, podendo a sua punição ser reduzida, o que chama a

¹³¹¹ Neste sentido, o tipo de responsabilidade aqui em causa já existia ao tempo dos factos como princípio geral de direito que se derivaria dos vários sistemas jurídicos mundiais. GALLANT, KENNETH, “Legality as a Rule of Customary International Law”, p. 55, considera que, nas suas várias formas, a ECC dá corpo a ideias de cumplicidade comuns por todo o mundo. Cf., também, *Milutonović Jurisdição Recurso*, p. 17 n. 101.

¹³¹² Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 195, marg. 512 e n. 169, acrescentando que o TMI considerou que existe participação criminal em crimes de guerra e crimes contra a humanidade se uma relação direta entre o ato (de suporte) e o crime pudesse ser provada e que se várias pessoas tivessem cooperado no cometimento do crime as suas contribuições individuais eram atribuídas a todos eles desde que incluídas no plano comum.

¹³¹³ Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 85, referindo-se, no entanto, tão-só – e “pelo menos” – às suas duas primeiras formas.

¹³¹⁴ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, pp. 184 a 203, aludindo à autoria de Cassese. Cf., também, SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, p. 231.

¹³¹⁵ *Maktouf*, para. 26. Sublinhando a “notável similitude” entre a ECC e a responsabilidade criminal por atos previsíveis plasmada na lei da República Federal Jugoslava vigente ao tempo dos factos cf. *Milutonović Jurisdição Recurso*, para. 40. Esta última, aparentemente, menos exigente.

atenção para que, pelo menos para alguns, a ênfase deve estar muito mais na pena do que no rótulo¹³¹⁶.

Alguns dos problemas identificados pela tese em crítica poderiam também colocar problemas relacionados com o *nullum crimen*, caso se considerasse, por exemplo, que, quando se condena alguém como autor de genocídio em situações de uma ECC III¹³¹⁷ – e apesar de não estar em causa a existência de crime relativamente à conduta concreta – se estaria a condenar o agente como perpetrador e não como cúmplice, o que equivaleria a um estigma adicional que não corresponde a uma especificação mais correta do que está em causa, pois a caracterização mais adequada corresponderia a uma forma de cumplicidade e não de perpetração.

Contudo, independentemente de o rótulo ser ou não ser o mais adequado, o que parece é que, à luz do modelo unitário de autor, o genocídio à data dos factos poderia lhe ser atribuído¹³¹⁸.

Aponta-se que seria uma anomalia jurídica séria se a ECC neste caso se aplicasse a uma pessoa que poderia ser condenada como (co) autor de um crime com *dolus specialis* sem possuir o *dolus specialis* necessário¹³¹⁹. Um crime que exige uma intenção específica é tão único que não poderia ser uma consequência juridicamente previsível de uma ECC não relacionada, sendo a distância entre os elementos subjetivos das duas infrações “demasiada grande” e, por conseguinte, a contribuição causal entre o crime acordado e o crime adicional “muito ténue”¹³²⁰. A ideia é a de que a ECC III faz do ‘infrator secundário’ um perpetrador, enquanto a ajuda e encorajamento é uma modalidade de responsabilidade inferior, podendo neste último caso uma pessoa ser responsável quando não tem “intenção direta” porque o sistema não tem a intenção de lhe “fixar o estigma da perpetração completa” mas somente o de uma modalidade participativa menos grave¹³²¹.

No entanto, de uma perspetiva diferente, há que ter em atenção que, no direito anglo-americano, normalmente considerado como aquele sobre que se baseia a Convenção sobre o

¹³¹⁶ 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 (*Li Erdemović* paras. 19, 21 e 22). No mesmo sentido, SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, pp. 188 a 190.

¹³¹⁷ ICTY, Decision on Interlocutory Appeal, *Prosecutor v. Brđanin*, 19 de Março 2004 (*Brđanin Jurisdição Recurso*), paras. 5 a 10. Em *Milutonović Jurisdição Recurso*, para. 20, sustentou-se que a ECC é uma forma de comissão de acordo com o artigo 7 (1) ETPIAJ na medida em que o participante partilhe o propósito da empresa em oposição a meramente saber dela, caso este último em que seria um cúmplice.

¹³¹⁸ Já à luz de um modelo dual de autor a conclusão poderá ter que ser diferente. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 207, marg. 48, sustenta que num sistema de participação que distingue vários níveis de responsabilidade, uma pessoa que não possui a intenção específica de um crime que lhe é atribuído não pode ser condenada por o ter perpetrado.

¹³¹⁹ Assim, *STL Terrorism*, p. 128, para. 248.

¹³²⁰ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 173.

¹³²¹ Assim, *STL Terrorism*, p. 129, para. 249.

Genocídio¹³²², a cumplicidade traduz-se, de forma ampla, na situação em que duas ou mais pessoas têm algum papel na prática de um crime¹³²³, incluindo-se aqui os autores¹³²⁴. Em consequência, a palavra cúmplice poderia ser atribuída a qualquer pessoa que participe numa infração (aqueles “que estão implicados no crime”)¹³²⁵. E apesar de o cúmplice ser mais frequentemente visto como um participante na infração, ou seja, alguém que não pode ser caracterizado como um autor ou coautor, a dualidade entre autor e participante não significa, necessariamente, que a responsabilidade do primeiro seja mais grave do que a do segundo¹³²⁶, referindo-se a dualidade a uma “distinção técnica” e não a uma “distinção normativa”¹³²⁷.

Seja como for, enquanto modo de responsabilidade, a ECC III não é diferente de outros modos de responsabilidade que não exigem prova de intenção por parte do acusado, tal como a ajuda e encorajamento e a responsabilidade do superior¹³²⁸. E claro está – e aqui reside o busílis de toda a agitação – a diferenciação normativa dual entre ‘principais’/‘autores’ e ‘acessórios’/‘cúmplices’, e ideia subjacente de que não se pode condenar alguém como infrator principal se ele é só um infrator secundário, é também ela resultado, mais de uma opção judicial com extenso apoio doutrinal¹³²⁹ e com suporte em algumas declarações e jurisprudência produzidas durante os julgamentos em Nuremberga¹³³⁰, do que exigência imposta pelo direito aplicável à altura dos factos, o qual em sintonia com a Carta do TMI e a CC10 apontava em sentido oposto.

Por outro lado, convém não dramatizar a diferença em termos de “mensagem para o mundo” de uma condenação como ‘autor’ sob a forma de ECC III ou ‘cúmplice’ sob a forma de ajuda e encorajamento, em crimes internacionais. Basta comparar a condenação de Krstić, enquanto ‘cúmplice’ por ajuda e encorajamento ao genocídio e homicídio (violação das leis e costumes de guerra) ajuda e encorajamento ao extermínio e perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos (crimes contra a humanidade) com a sua condenação, enquanto ‘autor’ por homicídio (violação das leis e costumes de guerra) e perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos (crime contra a humanidade) para perceber tal não necessidade. Ou compare-se, a título de curiosidade, a folha informativa no *site* do TPIAJ relativa a Tadić com a relativa a Brđanin para perceber que um estigma associado a uma ECC, ou mesmo a uma condenação como autor direto de homicídios, não é necessariamente maior que uma condenação por ajuda e encorajamento.

¹³²² SLIEDREGT, ELIES, “Complicity in Genocide”, in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention, A Commentary*, Oxford University Press, 2009, p. 176.

¹³²³ Assim, ASHWORTH, ANDREW, *Principles of Criminal Law*, p. 410.

¹³²⁴ CAEIRO, PEDRO/LEMONS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – Judgment, *Prosecutor v. Kalimanzira*”, pp. 497 e 498.

¹³²⁵ CHILE EBOE-OSUJI, “Complicity in Genocide versus Aiding and Abetting Genocide”, *Journal of International Criminal Justice* 3, 2005, p. 75.

¹³²⁶ Assim, ASHWORTH, ANDREW, *Principles of Criminal Law*, p. 413.

¹³²⁷ SLIEDREGT, ELIES, “Complicity in Genocide”, p. 177.

¹³²⁸ Assim, *Brđanin Jurisdição Recurso*, para. 7.

¹³²⁹ Cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 200 a 204 e abundante doutrina aí citada.

¹³³⁰ Cf., por exemplo, *Alfons Klein and others* (the Hadamar trial), Opening Argument of the Prosecutor, paras. 205 a 207 e *Belsen*, para. 121, ambos citados em CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 166 e 167.

Muito mais preocupante parece ser a forma como se passa uma mensagem claramente errônea nas situações em que um homicídio dá lugar a condenações por três crimes¹³³¹.

De notar ainda que, independentemente do que já ficou dito, o que parece é que não ocorreram muitas condenações por ECCs III¹³³². Para além do caso específico de Duško Tadić (Presidente do Conselho local do Partido Democrático Sérvio (SDS) em Kozarac), cuja ECC é de âmbito geográfico e temporal reduzido, três casos.

Radislav Krstić (Chefe de Gabinete/vice-comandante do Corpo de Drina do Exército servo-bósnio (VRS); nomeado comandante do Corpo de Drina em 13 Julho de 1995), Milomir Stakić (Presidente do Gabinete de Crise do sérvio-controlado Município de Prijedor e Chefe do Conselho Municipal de Defesa Nacional em Prijedor) e Milan Martić (entre as várias posições que ocupou estão a de Presidente, Ministro da Defesa, Ministro da Administração Interna, no chamado ‘Distrito autónomo Sérvio da Krajina’ e na chamada ‘República Sérvia da Krajina’)¹³³³.

Todos eles líderes políticos ou comandantes militares superiores e condenados não só com base nelas, o que leva a pôr, *hoje*, em perspetiva os comentários de que não há qualquer limitação *doctrinal*¹³³⁴ que restrinja a aplicação de uma ECC a comandantes superiores ou líderes políticos e de que é difícil ver como é que a ECC pode ser algo menos do que a bomba nuclear no arsenal do procurador internacional¹³³⁵. Que, de qualquer forma, não parece ter sido usada, resultado para o qual, talvez possa ter existido uma contribuição ‘significativa’ ou mesmo ‘substancial’ da chamada de atenção implícita na “dificuldade de ver”.

¹³³¹ O direito respeitante ao *concursum delictorum* está, na prática, muitíssimo pouco regulado, sendo que o princípio orientador é o da totalidade, segundo o qual a pena final deve refletir toda a conduta criminal do infrator e a sua culpabilidade. Cf. D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 129. Sobre o problema, cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 280 a 286, margs. 744 a 762.

¹³³² Assim, *STL Terrorism*, p. 128, n. 368.

¹³³³ Cf., também, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, pp. 170 a 172, com mais informação. Cf., ainda, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, p. 171, n. 15, dando nota de mais três casos de ECC III pendentes em recurso.

¹³³⁴ “*The Anglo-American usage of the term ‘doctrine’ is more akin to what other traditions might call ‘positive law’*”. ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, Its Obfuscation, and a Simple Solution”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012, p. 7, n. 9.

¹³³⁵ Comentários em DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 137. No contexto da culpabilidade, a exigência de que, numa ECC, o arguido tenha feito uma contribuição substancial (DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 150), ao jeito do exigido para uma ajuda e encorajamento, ou mesmo uma contribuição essencial, ao jeito do agora exigido no contexto do ETPI (WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 205 a 207, em especial, marg. 541) pode muito bem ser objeto de reflexão. Segundo WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 202, n. 209, os tribunais *ad-hoc* não especificaram a diferença entre o que é uma ‘contribuição substancial’ e o que é uma ‘contribuição significativa’.

7.2.2.3. Responsabilidade do superior

A abordagem, ao nível da legalidade, em relação à responsabilidade do superior¹³³⁶, também incorre no mesmo equívoco, pois o autor afirma que – como os estatutos dos tribunais não preveem responsabilidade do comandante como ‘crime separado’ mas como ‘modo de responsabilidade’ – reconhecer um novo crime separado criaria sérias preocupações com a legalidade¹³³⁷. A ideia é a de que a jurisprudência usou uma “abordagem formalística e *doctrinal*”¹³³⁸ que não se engajou com princípios fundamentais, nomeadamente com o que é justo para com o arguido¹³³⁹. Como se verá¹³⁴⁰ alguns problemas que se levantam a propósito deste tipo de responsabilidade são de relevo, e o autor dá, de forma em geral irrepreensível, conta deles, mas a este nível é essencial uma “*doctrinal approach*”, se se quiser ‘separar’ o papel do juiz do papel do legislador.

Esquece-se que o que mais interessava à justiça para com o arguido era se o seu comportamento era considerado como crime à altura dos factos. Claramente que um estatuto *ex post facto* não pode ter nada a ver com esta questão. Só a análise das fontes ao tempo dos factos é que pode responder a essa pergunta.

De qualquer forma, também aqui poderia surgir um problema de *nullum crimen* quando se condena um comandante como autor de um crime de genocídio por simplesmente não ter punido o subordinado que o cometeu, pois, além de a melhor interpretação ser a de que a própria conduta em si mesma considerada não era criminosa, à luz do direito internacional à época¹³⁴¹, parece quase certo que, mesmo que o fosse, não podia trazer ‘pegado’ aquele rótulo¹³⁴² – o qual parece ter resultado, mais do desenho jurisdicional imprimido nos estatutos dos TPIs, do que de uma reflexão profunda sobre a natureza de tal responsabilidade – e, a se configurar a questão como um caso de recaraterização, o estigma adicional não corresponderia a uma especificação

¹³³⁶ Embora em ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, o problema seja nomeado ao nível da legalidade depois é a analisado ao nível da culpabilidade. Já em ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, pp. 4 e 5, a questão da legalidade é abordada explicitamente.

¹³³⁷ Assim, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, pp. 4 e 5.

¹³³⁸ ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 7.

¹³³⁹ Assim, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 3.

¹³⁴⁰ Cf. *infra* Parte V, 1.4.

¹³⁴¹ Cf. *infra* Parte V, 1.4.

¹³⁴² Tal rótulo também não resulta certamente do artigo 86 (2) do PA-I. Cf., também, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 953.

mais correta do que está em causa, pois parece que a caracterização mais adequada corresponderia a um crime autónomo de falta de punição.

Em *Stakić*, o tribunal argumentou que “resulta do artigo 4 e da natureza única do genocídio que o *dolus specialis* também é necessário para responsabilização nos termos do artigo 7 (3)”¹³⁴³. O tribunal concebe aqui a chamada *intenção específica* como um elemento essencial para uma condenação sob qualquer forma de genocídio. Contra esta “posição radical” poder-se-ia levantar a objeção de a intenção específica ser dificilmente conciliável com a responsabilidade superior estabelecida na base de que o superior tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para cometer genocídio¹³⁴⁴.

Já em *Brđanin*, considerou-se que um comandante não necessita de possuir a intenção específica sendo que o que é exigido é somente que o superior tenha de ter sabido, ou tenha tido razão para saber, a intenção específica do subordinado¹³⁴⁵. E comenta-se, a este propósito, que assim, enquanto os subordinados têm de ter a intenção específica, o superior não tem, transformando-se assim um crime de intenção específica num crime negligente¹³⁴⁶.

O facto, no entanto, é que, do ponto de vista da legalidade – e se a falta de prevenção ou punição contribuisse para um genocídio¹³⁴⁷ – também aqui parece que o superior, que sabia ou tinha razão para saber da intenção específica do subordinado, podia ser condenado por genocídio. Na verdade, aplicando aqui a ideia sugerida em *Brđanin*, e já referida, enquanto modo de responsabilidade, a responsabilidade do superior não é diferente de outros modos de responsabilidade que não exigem prova de intenção por parte do acusado¹³⁴⁸.

Possivelmente, nestes casos, uma formulação certa e aceitável seria a de uma condenação do género ‘X é responsável enquanto comandante pelo crime de genocídio cometido pelo seu subordinado Y’¹³⁴⁹.

7.2.2.4. Desconfiança relativamente à interpretação teleológica e a normas costumeiras

Nota-se ainda alguma desconfiança relativamente à interpretação teleológica e a normas não escritas¹³⁵⁰, mas é de notar que – apesar de se poder afirmar que ao passo que a interpretação é o desafio no que diz respeito aos tratados, já relativamente à aplicação de direito costumeiro a dificuldade está, antes do mais, na identificação das

¹³⁴³ ICTY, Decision on Rule 98bis Motion for Judgment of Acquittal, *Prosecutor v. Stakić*, 31 de Outubro 2002, para. 92.

¹³⁴⁴ Assim, CAEIRO, PEDRO/LEMONS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – Judgment, *Prosecutor v. Kalimanzira*”, pp. 499 e 500.

¹³⁴⁵ *Brđanin Jurisdição Recurso*, para. 7.

¹³⁴⁶ AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, p. 34

¹³⁴⁷ Cf. *infra* Parte V, 1.4.

¹³⁴⁸ Mas, cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 129 e 130.

¹³⁴⁹ Cf. *infra* Parte V, 1.4.6.1.3.1.

¹³⁵⁰ Desconfiança que não é isolada. AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 232. JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 41. JACOBS, DOV, “Positivism and International Criminal Law”, *passim*. BANTEKAS, ILIAS, “Reflections”, *passim*.

normas enquanto tais¹³⁵¹ – aquela parece ser essencial para a interpretação correta do que quer que seja que sirva de base à afirmação do direito costumeiro e não se vê que ela deva atuar antes ou depois do princípio da interpretação estrita, o que quer que este princípio na verdade signifique. E sublinha-se que o processo interpretativo é uno e, quando usado de forma não unidirecional orientada para a proteção da vítima, mas abertamente para a descoberta do fim de uma suposta norma e dos seus limites lógicos¹³⁵², liga-se intimamente à ideia de decisão justa.

Por outro lado – como agora se reconhece – talvez o apoio em disposições de direito costumeiro como fonte de proibições seja um afastamento justificado do *nullum crimen sine lege scripta* vigente nos sistemas nacionais¹³⁵³, além de que, tal como é “simplista e problemático” adotar por padrão a interpretação mais ampla em cada momento, também é “simplista e problemático” adotar por padrão a interpretação mais restritiva, sendo que tal como os criticismos do “condene-se toda gente”¹³⁵⁴ devem ser evitados, pouco melhor seria embarcar num “não se condene ninguém”¹³⁵⁵.

Pode-se até aventar que por vezes o direito costumeiro serve como “*superimposition of a limiting factor*” na jurisprudência em vez de um fator que contribui para a sua expansão¹³⁵⁶.

Se com a afirmação anterior se quer fazer notar que a redação das normas escritas dos protocolos, estatutos, etc., poderá levar a uma interpretação ‘menos amiga do arguido’, e que é, pelo contrário, a obrigação de alicerçar a punição no direito costumeiro que serve como limite a interpretações mais progressistas, então parece ser de realçar o cru acerto da nota.

Quaisquer que sejam as ‘dificuldades lógicas’ inerentes ao conceito de costume – o ser ao mesmo tempo um processo e um resultado, “com a sua circularidade inerente”, pois os estados têm de atuar, mesmo antes de ele existir, como se ele existisse,

¹³⁵¹ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 68, marg. 194.

¹³⁵² Como o próprio autor faz a propósito da diferença entre a responsabilidade por comando por falta de prevenção de crimes e falta de punição. Cf. ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, pp. 953 a 955, embora com preocupação exagerada com a letra dos tratados, quando do que se trata é de determinar a norma costumeira.

¹³⁵³ Assim, ROBINSON, DARRYL, “International Criminal Law as Justice”, pp. 705 e 706, avançando corretamente o *lex scripta* como uma técnica que tem como objetivo a satisfação de um requisito mais elementar que poderá emergir como uma exigência de justiça somente em certas condições.

¹³⁵⁴ Expressão em BADAR, MOHAMED, “ ‘Just Convict Everyone!’ – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again, *Prosecutor v. Milomir Stakić*: Judgment of the Appeals Chamber”, *International Criminal Law Review* 6, 2006.

¹³⁵⁵ Assim, ROBINSON, DARRYL, “International Criminal Law as Justice”, p. 701.

¹³⁵⁶ Assim, Observações de Theodor Meron em SCHAACK, BETH, “The Principle of Legality in International Criminal Law”, p. 9.

para que ele exista¹³⁵⁷ – o que é de sublinhar é que este seu *plus* obriga os juízes a irem para além da ‘letra preta’ dos seus estatutos quando se trata de considerar determinado comportamento como criminoso¹³⁵⁸.

E suspeita-se que, mesmo em países ou instituições (como o TPI) com princípios da legalidade aparentemente bastante mais estritos, a letra da lei e o seu círculo máximo de sentidos possíveis podem contribuir para um afastamento do ideal da legalidade muito mais problemático. Basta ‘lembrar’ alguns casos decididos pelo TEDH já mencionados e outros que ainda serão analisados¹³⁵⁹ para perceber que a nível doméstico os tribunais não recebem de braços abertos os tais ideais de interpretação estrita.

Já quanto ao princípio da culpabilidade – que postula que as pessoas são responsáveis apenas pela sua própria conduta, ou seja, que ninguém pode ser responsabilizado criminalmente por atos ou operações nos quais não tenha estado, pessoalmente, envolvido ou tenha de alguma outra forma participado, e que exige também um conhecimento e vontade suficiente em relação à conduta de modo a que se possa censurar pessoalmente a pessoa¹³⁶⁰ – e ao princípio da rotulagem justa – o qual exige que o rótulo do crime deve expressar e sinalizar de forma justa o crime do acusado, para que o estigma da condenação corresponda à ilicitude do ato¹³⁶¹ – pode-se aceitar que as chamadas de atenção do autor mereciam a reflexão que aqui se termina e que parece conduzir à conclusão de que, mesmo a este nível, não se apontam deficiências de relevo aos TPIs modernos.

8. Conclusão

Pode-se aceitar que os modernos TPIs, pelo menos por vezes, enquanto formalmente aderiram à abordagem ‘tradicional’ (prática e *opinio iuris*) para a formação de costume, na prática trataram declarações como demonstração de prática e como articulação de *opinio iuris*, o que – apesar da ausência de reconhecimento explícito – é uma abordagem que se aproxima de apoio somente na *opinio iuris*, ou em princípios gerais de direito humanitário destilados, em parte, das convenções de Genebra e de Haia,

¹³⁵⁷ Assim, JACOBS, DOV, “Positivism and International Criminal Law”, p. 18.

¹³⁵⁸ Cf. *infra* Parte V, 1.4.

¹³⁵⁹ Cf. *supra* Parte II, 4.6.4.2.3.4.4. e *infra* Parte IV, 2.1 e 3.1.5.3.5.2 e Parte V, 1.2.1. e 2.1.2.2.

¹³⁶⁰ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 925

¹³⁶¹ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 926.

e uma metodologia mais semelhante à aplicada no campo dos direitos humanos do que noutras áreas do direito internacional, fenómeno este que se pode explicar pela escassez de prática que suporte a *opinio* no campo do direito humanitário e do direito dos direitos humanos¹³⁶².

O que, de qualquer forma, era inteiramente previsível depois de Nuremberga. Enquanto no imediato pós-Nuremberga se possa talvez compreender o espanto de alguns juristas em relação à forma de determinação do direito criminal aplicável ali usada, já mais difícil é aceitar que haja genuína surpresa pelo uso de métodos análogos pelos recentes tribunais *ad-hoc*.

Daí que seja com à-vontade que se acompanha a afirmação de que em *Tadić Jurisdição Recurso*, terminologicamente, o tribunal segue a tradição do direito da guerra de falar de costume mesmo quando isso exige que se estique o significado tradicional do costume¹³⁶³. O ‘à vontade’ liga-se à circunstância de a noção de costume já antes parecer mais ‘solta’ do que por vezes se faz crer. Esta noção não deixou de fazer um curso vasto no imaginário jurídico dos juristas de direito internacional e *Tadić Jurisdição Recurso* nesse aspeto seguiu esta tradição.

E à pergunta e reflexão sobre se o tribunal em *Tadić Jurisdição Recurso* não poderia ter feito um esforço maior para identificar prática estatal “efetiva”, que evidenciasse um respeito pelas, ou uma violação das, regras pois – por mais duro que tal esforço fosse – isso poderia ter reforçado as avaliações do tribunal relativamente a princípios e regras de direito internacional consuetudinário, e que – sem alguma discussão significativa da prática operacional – poderia ser difícil convencer os governos a aceitar a visão do tribunal sobre alguns aspetos do direito costumeiro¹³⁶⁴, responde-se e assinala-se *hoje*, com o benefício da passagem do tempo, que não foi assim tão difícil e que se calhar tal esforço não era indispensável.

O que aqui se quer deixar claro é que os TPIs, tal como Nuremberga, interpretaram o direito como ele o deve ser, não como matemática mas como produto social que deve estar impregnado de bom senso, e deram azo a avanços significativos com fundamento, em larga medida, em decisões corretas – que enfatizaram o elemento

¹³⁶² Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, 367.

¹³⁶³ Assim, MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 240.

¹³⁶⁴ Assim, MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom”, p. 240.

humanitário das leis do conflito armado, mas que se mantiveram dentro da “órbita do direito existente”¹³⁶⁵ – e *não violadoras do nullum crimen nulla poena*¹³⁶⁶.

E daí que não é tanto que “onde o direito era silente fez-se falar”¹³⁶⁷ mas mais onde a lei não estava redigida foi escrita em decisões jurisprudenciais que espelham uma sua interpretação que, com base na “experiência”, a aplica a novos e diferentes contextos¹³⁶⁸.

Enfim, para quem discorde e ache que *Tadić* e o TPIAJ, em geral, inventaram ilegitimamente novos crimes, o que se deixa aqui bem claro é que se isso aconteceu não foi certamente em detrimento dos arguidos. Não existindo violação do *nullum crimen nulla poena*, a desejabilidade de terem sido tribunais, eventualmente ao abrigo da tal ‘delegação estatal implícita’ – e não os estados em si mesmos considerados – a estabelecerem os crimes pode muito bem ser objeto de reflexão, mas já noutra sítio e num contexto de menor preocupação com as liberdades individuais.

¹³⁶⁵ Cf., também, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, 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.

¹³⁶⁶ SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, pp. 207 e 208 argui que, mesmo nos casos em que tomaram algumas liberdades com o conteúdo do direito substantivo aplicável, em traição ao *nullum crimen*, os tribunais modernos, de alguma forma, mitigaram o dano para com os arguidos ao permanecerem mais fiéis à essência do seu homólogo, o *nulla poena*, particularmente porque os arguidos são geralmente (mas não sempre) penalizados de acordo com a legislação interna em vigor no momento em que agiram. Por outro lado, em matéria de consistência e uniformidade das penas, avança-se também conclusão parecida. Cf. D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, pp. 260 e 261. A autora, embora identificando alguns problemas resultantes da falta de princípios orientadores e de categorização dos fatores relevantes para a determinação da pena, conclui que os juizes do TPIAJ e TPIR seguiram critérios consistentes e *standards* justos.

¹³⁶⁷ SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 192.

¹³⁶⁸ Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 311 referindo-se ao conceito de experiência de Oliver Holmes como a habilidade do juiz do *common law* de fazer isto mesmo.

Parte IV – O *nullum crimen nulla poena* em guerra à luz de decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

1. O princípio da legalidade no âmbito da convenção

Muito próximo da formulação do PIDCP, a CEDH dedica o seu artigo 7 ao princípio da legalidade.

Ninguém pode ser condenado por uma infração criminal em resultado de ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía uma infração criminal segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração criminal foi cometida (número 1).

O presente artigo não prejudica o julgamento e a punição de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, era criminosa segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas (número 2).

2. O *nullum crimen*

2.1. *Kononov*

2.1.1. *Contexto*

Em Fevereiro de 1944, os moradores de Mazie Bati permitiram que 12 pessoas do grupo de reconhecimento-sabotagem soviética ficassem nos seus celeiros. No dia seguinte, os alemães, supostamente auxiliados pelos moradores, queimaram e metralharam os celeiros. As doze, incluindo o líder Chugunov, foram mortas. Em 27 de Maio de 1944, um destacamento de um batalhão letão-soviético, liderado por Kononov, levou a cabo uma ‘represália’ contra os moradores da aldeia de Mazie Bati, nomeadamente contra os nove aldeões que alegadamente ajudaram os alemães. Os homens de Kononov foram enviados, supostamente, para matar (ou talvez capturar; ou talvez capturar ou matar) os moradores em cumprimento de um veredito de um tribunal militar *ad-hoc*. Kononov e os seus homens realizaram a operação usando uniformes alemães da *Wehrmacht*, de modo a não despertar a suspeita dos moradores. Nove moradores foram mortos, alguns queimados vivos, incluindo três mulheres, uma no estágio final de gravidez. Em 1940, a Letónia tinha-se tornado parte da URSS. Depois da sua independência em 1990 – e declaração de ilegalidade da sua incorporação na URSS – adotou, em 1993, normas relativas à criminalização do genocídio, de crimes contra a humanidade ou a paz, de crimes de guerra e de discriminação racial, permitindo uma das novas disposições a aplicação retroativa em casos de crimes contra a humanidade e crimes de guerra e abolindo os prazos de prescrição para estes crimes. Sessenta anos após os factos, e com fundamento nestas disposições, Kononov foi, em 2004, condenado por crimes de guerra.

2.1.2. Decisão¹³⁶⁹

2.1.2.1 O artigo 7 na jurisprudência do tribunal

A Grande Câmara começou por fazer um resumo prestável da jurisprudência do tribunal sobre o artigo 7, considerando que a garantia consagrada – um elemento essencial do estado de direito – ocupa um lugar de destaque no sistema de proteção da convenção, como é sublinhado pelo facto de nenhuma derrogação lhe ser permitida nos termos do artigo 15, em tempo de guerra ou de outro perigo público, e que deve ser interpretada e aplicada de modo a proporcionar salvaguardas eficazes contra a acusação, condenação e punição arbitrárias (para. 185). O artigo 7 não se limitaria assim a proibir a aplicação retroativa do direito penal desfavorável para o acusado, mas incorporaria também, de modo mais geral, o princípio de que só a lei pode definir um crime e prescrever uma pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e o princípio de que o direito penal não deve ser interpretado extensivamente em prejuízo do acusado, por exemplo, por analogia, asserindo-se que os crimes devem estar claramente definidos na lei, estando este requisito preenchido quando o indivíduo possa saber da redação da disposição pertinente e, se necessário, com a ajuda dos tribunais sobre a sua interpretação e com assessoria jurídica informada, que atos e omissões o fazem incorrer em responsabilidade penal (para. 185). Afirma ainda que, quando o artigo 7 utiliza o conceito de direito, alude ao mesmo conceito a que a convenção se refere noutros lugares quando usa esse termo, um conceito que compreende direito escrito e não escrito e que implica requisitos qualitativos, nomeadamente os de acessibilidade e previsibilidade, sendo que, no que respeita à previsibilidade, em particular, o tribunal recordou que, independentemente do quão claramente elaborada uma disposição jurídica possa estar – em qualquer sistema de direito, incluindo o de direito penal – há sempre um elemento inevitável de interpretação judicial e a necessidade de elucidação de pontos duvidosos e de adaptação a novas circunstâncias (para. 185). Chama ainda a atenção para que, em alguns estados signatários da Convenção, o *desenvolvimento progressivo do direito penal através de criação de direito pelo poder judicial é parte bem sedimentada e necessária da tradição jurídica*, concluindo que o artigo 7 não pode ser lido como proibindo a clarificação gradual das regras da responsabilidade penal através da interpretação judicial caso a caso, *desde que o desenvolvimento resultante seja consistente com a essência do delito e possa ser razoavelmente previsto* (para. 185).

Num parágrafo com imensa relevância para esta tese, a Grande Câmara esclarece que *não é chamada a se pronunciar sobre a responsabilidade individual criminal do requerente* – pois essa é essencialmente uma *questão a ser avaliada pelos tribunais nacionais* – e elucida a a sua dupla função: em primeiro lugar, averiguar se havia uma *base jurídica suficientemente clara*, tendo em conta o estado do direito em 27 de Maio de 1944, para a condenação do requerente por crimes de guerra e, em

¹³⁶⁹ *Kononov II.*

segundo lugar, examinar se esses crimes estavam definidos na lei com *suficiente acessibilidade e previsibilidade* de modo a que o requerente pudesse saber que *atos e omissões o fariam incorrer em responsabilidade penal* (para. 187).

2.1.2.2. O *status* dos aldeões

Iniciando a sua análise com *base na hipótese mais favorável ao recorrente* – a de que os moradores falecidos se enquadram na categoria de *civis que participaram nas hostilidades*, em virtude de passarem informações à administração militar alemã, um ato que poderia ser definido como *traição de guerra*, ou a de que eles tinham o *status* jurídico de *combatentes*, com fundamento num dos supostos papéis auxiliares (para. 194) – esclareceu que os moradores não eram *franc-tireurs*, dada a natureza das suas supostas atividades que levaram ao ataque e porque *não estavam, no período em causa, a participar em quaisquer hostilidades*, acrescentando ainda que a noção de *levée en masse* não tem aplicação pois Mazie Bati *já estava sob ocupação* (para. 195).

Quanto aos direitos inerentes ao *status* de combatente, o tribunal considera que o *jus in bello* reconhecia em 1944 o direito ao *status* de prisioneiro de guerra se os combatentes fossem *capturados, se rendessem* ou fossem considerados *hors de combat*, e que os prisioneiros de guerra tinham direito a ser tratados de forma humana, sendo portanto *ilegal maltratar ou sumariamente executar um prisioneiro de guerra* (para. 202).

Quanto à proteção a dispensar a *civis* que participaram nas hostilidades, observou que, em 1944, a distinção entre combatentes e *civis* – e entre as proteções respectivas – era uma pedra angular das leis e costumes de guerra, que os *civis* eram definidos *a contrario* relativamente à definição de combatentes e que só podiam ser atacados *enquanto tomassem uma parte direta* nas hostilidades (para. 203).

2.1.2.3. Execução sumária, *hors combat* e o artigo 23 (c) dos Regulamentos de Haia

Olhando para o passado com as lentes de um presente que julga seguro, agarrando-se à ideia de que o comportamento dos *civis* em causa só poderia ser descrito usando o pretérito e não tendo em conta que a área estava ocupada pelas forças alemãs e não pelas soviéticas, o tribunal considerou que, se se suspeitava que os *civis tivessem participado* nas hostilidades e cometido violações de *jus in bello* (por exemplo, *traição de guerra* cometida ao se transmitirem informações à administração militar alemã),

então estariam sujeitos a prisão, julgamento e punição de acordo com um processo equitativo em tribunais militares ou civis, sendo a *sua execução sumária sem julgamento contrária às leis e costumes de guerra* (para. 204)¹³⁷⁰.

Mais à frente – e aparentemente concretizando esta ideia – considerou que, tendo em conta o artigo 23 (c) RH, mesmo que os moradores mortos fossem considerados como combatentes ou civis que participaram nas hostilidades, o *jus in bello* em 1944 considerava as circunstâncias do seu homicídio e maltratamento um crime de guerra pois os atos violaram uma regra fundamental das leis e costumes de guerra que protegem um inimigo *hors de combat*, proteção que se aplicaria se uma pessoa estivesse ferida, *incapacitada ou não capaz por outra razão de se defender* (incluindo por não possuir armas), não sendo exigido que a pessoa tivesse um *status jurídico especial* ou que *houvesse uma rendição formal*, tendo também os moradores, enquanto combatentes, o *direito a proteção como prisioneiros de guerra* sob o controle do requerente e da sua unidade, sendo os maus-tratos e execução sumária posterior contrária às inúmeras regras e costumes de guerra *que protegem os prisioneiros de guerra* (para. 216).

2.1.2.4. Ferimentos e morte traiçoeiros e o artigo 23 (b) dos Regulamentos de Haia

Por outro lado, a Grande Câmara considerou que os tribunais domésticos *se basearam com razoabilidade* no artigo 23 (b) RH para fundar uma condenação autónoma no que diz respeito a ferimentos e morte traiçoeiros, pois os conceitos de traição e perfídia estavam intimamente ligados, de modo a que o matar ou o ferir era considerado traiçoeiro se realizado enquanto se induz ilegalmente o *inimigo* a acreditar que não estava sob ameaça de ataque – por exemplo, *através da utilização de forma abusiva de um uniforme inimigo* (para. 217)¹³⁷¹.

¹³⁷⁰ Numa outra parte da decisão, lembrou que – mesmo se fosse considerado que os aldeões tinham cometido crimes de guerra (qualquer que fosse o seu *status*) – o requerente e sua unidade teriam somente o direito de prender os moradores, garantir um processo equitativo e só depois levar a cabo qualquer punição, declarando que, de qualquer forma – e com ou sem julgamento *partisan* – um julgamento dos aldeões *in absentia* sem seu conhecimento ou participação, seguido das execuções, não pode ser qualificado como equitativo (para. 221).

¹³⁷¹ O tribunal já tinha ‘aberto esta porta’ quando afirmou que não foi contestado a nível doméstico que o requerente e sua unidade tinham usado uniformes da *Wehrmacht* alemã durante o ataque – o que poderia significar que o recorrente teria perdido o *status* de combatente, não tendo por isso o direito de atacar –, que usar o uniforme do inimigo durante o combate poderia em si mesmo já ser uma infração e que, apesar de os tribunais nacionais não terem acusado o requerente por um crime de guerra autónomo nesta base, este fator poderia ter alguma influência noutros crimes de guerra relacionados de que ele era acusado (nomeadamente, homicídio e ferimento), tendo, no entanto, procedido, deste momento em diante, na assunção de que Kononov e a sua unidade eram combatentes (para. 201).

Considerou que o artigo 23 (b) se aplicaria claramente se os aldeões fossem considerados combatentes e se poderia também aplicar se eles fossem considerados civis que participaram das hostilidades, sendo que, no que a estes diz respeito, o texto do artigo 23 (b) – que se refere a matar ou ferir à traição indivíduos pertencentes à nação ou ao exército hostil – *poderia ter sido interpretado* como incluindo quaisquer pessoas sob alguma forma de controlo por um exército hostil incluindo a população civil de um território ocupado (para. 217).

2.1.2.5. Crime de guerra em violação da proteção especial conferida às mulheres e a cláusula de Martens

A Grande Câmara informou que os tribunais da Letónia se basearam *no artigo 16 da Convenção de Genebra IV* para sustentar que queimar até a morte uma mulher grávida constituía *um crime de guerra em violação da proteção especial conferida às mulheres* (para. 218) e sustentou que as mulheres, especialmente as mulheres grávidas, devem ser objeto de especial proteção durante a guerra – o que seria parte das leis e costumes de guerra desde o *Código Lieber 1863* (artigos 19 e 37) – proteção esta desenvolvida pelo *direito de Genebra* sobre os prisioneiros de guerra, pois as mulheres nesta situação eram consideradas especialmente vulneráveis (para. 218).

Considerou *estas expressões de proteção especial*, entendidas em *conjunto com a proteção da cláusula de Martens*, como suficientes para decidir que havia uma *base jurídica plausível* para condenar o requerente por um *crime guerra autónomo* no que diz respeito à queima até a morte da senhora Krupniks (para. 218)¹³⁷².

2.1.2.6. Conclusão

Observando que o governo letão alegou que as ações do recorrente não poderiam ser consideradas *represálias beligerantes legítimas*, argumento ao qual nem o recorrente nem o governo da Federação Russa responderam, o tribunal não considerou haver fundamento para questionar a rejeição desta defesa pelos tribunais nacionais, quer os aldeões fossem considerados como combatentes quer como civis que participaram nas

¹³⁷² O tribunal deu ainda notícia de que os tribunais nacionais também se fundamentaram no artigo 25 RH – que proibia ataques contra localidades indefesas – e que esta disposição era parte de um grupo semelhante de disposições (incluindo o artigo 23 (g) RH) que proibia a destruição de propriedade privada não imperativamente determinada pelas necessidades de guerra, concluindo que não existiam indícios a nível doméstico – e não foi alegado perante o tribunal – que a queima das quintas agrícolas em Mazie Bati fosse tão imperativamente necessária (para. 219).

hostilidades (para. 225)¹³⁷³, e concluiu que – mesmo se se admitisse que os aldeões mortos podiam ser considerados como civis que participaram nas hostilidades ou combatentes – havia uma *base jurídica suficientemente clara*, tendo em conta o estado de direito internacional, em 1944, para a sua condenação e punição por crimes de guerra *enquanto comandante* da unidade responsável pelo ataque em Mazie Bati (para. 227)¹³⁷⁴.

2.1.3. Considerações

2.1.3.1. Introdução

Ao simbolismo histórico – Kononov tornou-se aparentemente a primeira e, porventura, a única pessoa do lado dos Aliados a ser condenada por crimes de guerra cometidos durante a Segunda Guerra¹³⁷⁵ – aliado à decorrente emotividade política do caso – asserção de ‘completa’ independência das antigas repúblicas soviéticas perante indignação russa¹³⁷⁶ – junta-se um incrível emaranhado de problemas jurídicos.

Pode-se começar por aludir à afirmação de que Kononov é fascinante precisamente porque levanta a mesma tensão entre as exigências de legalidade estrita e considerações de justiça substantiva, mas desta vez puramente num contexto de direitos humanos, e por questionar – e apesar de se considerar a abordagem da maioria muito mais palatável pragmaticamente – se não é a opinião da minoria a intelectualmente mais honesta¹³⁷⁷. Para logo ‘contra-perguntar’ qual é exatamente a justiça substantiva aqui em causa. Se se compreender a discussão sobre a tensão entre um estrito legalismo e uma justiça substantiva no contexto de atrocidades em massa cometidas na Segunda Guerra – que não seriam estritamente criminais – não parece que, neste caso, seja bem essa tensão o que está em causa.

¹³⁷³ E concordou com o Governo demandado que não é uma defesa para a acusação de crimes de guerra argumentar que os outros também cometeram crimes de guerra, a menos que essas ações fossem de tal natureza, amplitude e consistência a *constituir prova de uma mudança no costume internacional* (para. 226).

¹³⁷⁴ Se os moradores fossem considerados civis teriam, *a fortiori*, direito a uma maior proteção (para. 227).

¹³⁷⁵ VOLZHSKAYA, MARIYA, “Kononov v. Latvia: A Partisan and a Criminal—The European Court of Human Rights Takes a Controversial Stance on War Crimes”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 2011, p. 666.

¹³⁷⁶ VOLZHSKAYA, MARIYA, “Kononov v. Latvia”, p. 667.

¹³⁷⁷ Assim, MILANOVIĆ, MARKO, “Was Nuremberg a Violation of the Principle of Legality?”, publicado a 18 de Maio 2010 em <http://www.ejiltalk.org/was-nuremberg-a-violation-of-the-principle-of-legality>. A minoria considerou ter existido uma violação do artigo 7. Cf. ECHR, Judgment, Grand Chamber, Dissenting Opinion of Judge Costa joined by Judges Kalaydjieva and Poalelungi, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 17 de Maio 2010, paras. 10 a 14 e 23.

E menciona-se ainda a afirmação de que – enquanto a maioria declarou que o artigo 7 (2) é uma derrogação excecional ao princípio geral estabelecido no número um – a posição da minoria considera que a Carta de Londres foi *ex post facto* e que teria sido uma violação do artigo 7 (1)¹³⁷⁸. Que a minoria pareça desconsiderar a *quasi*-unanimidade relativamente à existência da constelação de crimes de guerra à altura da Segunda Guerra¹³⁷⁹ é surpreendente. De qualquer forma, quanto ao *facto* em causa, a questão não é fácil, e avança-se que o tribunal, apesar da reconhecidamente extensa análise, não deu enquadramento adequado ao problema¹³⁸⁰.

Ao que acresce um outro pormenor de alguma forma esquecido na decisão da maioria: o de que à altura dos factos o direito dos direitos humanos poderia ser descrito como um embrião. Em todo o caso, em princípio, em guerra prevalece o direito desta, *lex specialis derogat lex generalis*.

2.1.3.2. A tensão no direito da guerra

Essencial, primeiro que tudo, um enquadramento sobre o contexto em que se passa a trabalhar. Se até aqui a guerra – essa simplisticamente chamada contenda entre dois ou mais estados através das suas forças armadas, com o propósito de vitória de uns sobre os outros e da imposição de condições de paz que o vencedor desejar¹³⁸¹ – servia de pano de fundo de um problema, o do *nullum crimen*, o qual assumia proeminência, agora o específico contexto de guerra, a frente de batalha, as suas regras particulares no face a face e as suas perplexidades confrangedoras assumem o primeiro plano.

Um compromisso entre, por um lado, uma “permissão desenfreada” e, por outro lado, as absolutas exigências de humanidade, que levadas ao extremo lógico

¹³⁷⁸ Assim, SCHABAS, WILLIAM, “Kononov War Crimes Judgment Issued by European Court of Human Rights Grand Chamber”, publicado a 17 de Maio em <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2010/05/kononov-war-crimes-judgment-issued-by.html>.

¹³⁷⁹ Cf. ECHR, Judgment, Grand Chamber, Dissenting Opinion of Judge Costa, para. 14.

¹³⁸⁰ Mas cf. MILANOVIĆ, MARKO, “Was Nuremberg a Violation of the Principle of Legality?” que considera a decisão de qualidade técnica substancialmente superior à anterior decisão da Primeira Câmara que tinha encontrado uma violação do artigo 7.

¹³⁸¹ Assim, *Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersh Lauterpacht (ed.), 7.^a edição, Longmans, Green, and Co., 1952, p. 5. Mas mais bem descrita fazendo apelo ao seu sentido ou técnico ou material. Guerra no sentido técnico é um *status* formal produzido por uma declaração de guerra. Guerra no sentido material é gerada pelo uso real da força armada que seja abrangente por parte de pelo menos uma parte do conflito (DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 15.). Segundo *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 70, “um conflito armado existe quando exista um recurso à força armada entre estados ou uma violência armada prolongada, entre autoridades governamentais e grupos armados organizados, ou entre tais grupos no interior de um estado”.

proscreveriam toda a guerra¹³⁸², a lei desta – *jus in bello*, um dos “mais velhos sujeitos de direito internacional”, com longa história costumeira tanto em fontes ocidentais como asiáticas¹³⁸³ – procura limitar as medidas de guerra àquelas que são necessárias e refrear as atividades que produzem sofrimento de todo desproporcional à vantagem militar esperada¹³⁸⁴.

É verdade que o direito da guerra – lei marginal que lida com situações em que o comportamento humano roça o que ainda pode ser tido como humano¹³⁸⁵ – sempre conteve regras baseadas no cavalheirismo, na religião e na humanidade, concebidas para a proteção de não-combatentes, e, especialmente, mulheres, crianças e velhos, supostamente incapazes de portar armas e cometer atos de hostilidade – e que também sempre compreendeu regras para proteção dos combatentes (em questões como quartel, perfídia, sofrimento desnecessário)¹³⁸⁶ – mas não se pode esquecer que é direito que foi sempre inevitavelmente orientado por *considerações de estratégia militar e vitória*¹³⁸⁷.

A tensão entre a necessidade militar e a moderação na conduta dos beligerantes, ligada a considerações de humanidade¹³⁸⁸, é marca registrada da lei do conflito armado¹³⁸⁹, mas o peso atribuído a esses dois fatores conflitantes foi mudando, tendo as restrições impostas pelo princípio humanitário sido cada vez mais importantes, especialmente no que diz respeito a desenvolvimentos normativos e à elaboração de novos *standards* mas – lamentavelmente – menos no campo de batalha, que continua a ser cruel e sangrento, especialmente nos conflitos menos civis, os internos¹³⁹⁰.

A história do direito da guerra tem, de facto, sido a de uma *mudança no equilíbrio* entre as exigências da humanidade e as necessidades militares, a primeira subjetiva, dependente das “ideias morais dominantes” e do “grau de sentimento da comunidade” que se obtém das grandes potências, a segunda objetiva, dependente da evolução da tecnologia militar e do pensamento estratégico, determinando a relação

¹³⁸² Assim, BAXTER, RICHARD, “The Geneva Conventions of 1949” (1955), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013, p. 108.

¹³⁸³ Assim, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 32.

¹³⁸⁴ Assim, BAXTER, RICHARD, “The Geneva Conventions of 1949”, p. 108.

¹³⁸⁵ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. xvii.

¹³⁸⁶ Cf., em geral, MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*; MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*.

¹³⁸⁷ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 1.

¹³⁸⁸ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009, p. 115.

¹³⁸⁹ Sobre os conceitos ‘direito do conflito armado internacional’, ‘*jus in bello*’ e ‘direito internacional humanitário’, suas diferenças mais semânticas que reais, e sua extensão de ‘*war*’ a ‘*short of war*’, cf. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 16 e 17

¹³⁹⁰ Este parágrafo em MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 2.

dialética entre estas duas forças – à luz da experiência histórica – o conteúdo, os contornos e as características do direito da guerra num qualquer dado momento¹³⁹¹.

2.1.3.3. O direito da guerra e o direito dos direitos humanos

Se se aceita que a relação simbiótica entre o direito dos direitos humanos e o direito internacional humanitário é estimulada pelo trabalho dos órgãos que velam pelo respeito pelos direitos humanos, chegando estes órgãos, muitas vezes, a conclusões que os especialistas do direito humanitário veem como problemáticas¹³⁹², já se duvida que o idealismo e a ingenuidade desse trabalho sejam a sua maior força¹³⁹³, não mitigando a dúvida o facto de existirem apenas alguns órgãos humanitários com competências judiciais, e outros órgãos especializados encarregados da aplicação do direito internacional humanitário – tendo assim os organismos de direitos humanos de preencher uma lacuna institucional, dando ao direito internacional humanitário uma orientação ainda mais pró-direitos humanos¹³⁹⁴ – pois podem ser afirmações que servem como desculpas para más aplicações do direito que se tem que aplicar.

E o facto de não ser surpreendente que se confunda em alguns setores o direito dos direitos humanos com as leis da guerra/direito internacional humanitário, não esconde o que se deve sublinhar, ou seja, que – apesar da crescente convergência de várias tendências de proteção – diferenças significativas permanecem, *permitindo* ou, pelo menos, *tolerando*, o direito da guerra, em contraste com o direito dos direitos humanos, *a morte e o ferimento de seres humanos inocentes* que não participam diretamente num conflito armado – enquanto vítimas civis de danos colaterais lícitos – e ainda certas privações de liberdade pessoal sem condenações num tribunal de direito¹³⁹⁵.

De facto, a afinidade dos termos – ‘humanitário’/’humanos’ – é contrabalançada por dois dialetos bem diferentes¹³⁹⁶.

¹³⁹¹ Assim, ABI-SAAB, GEORGES, “The Specificities of Humanitarian Law”, p. 265, referindo-se à Declaração de São Petersburgo de 1868 a qual alude aos limites técnicos em que as necessidades da Guerra *devem ceder perante* as exigências de humanidade e ao preâmbulo da Convenção de Haia II de 1899 na parte em que se refere a que foi inspirada pelo desejo de diminuir os males da guerra *tanto quanto as exigências militares o permitissem*.

¹³⁹² Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

¹³⁹³ Mas cf. MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

¹³⁹⁴ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

¹³⁹⁵ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8. E permite à potência ocupante recorrer a internamentos e limitar os direitos de recurso das pessoas detidas e as liberdades de expressão e de reunião. Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

¹³⁹⁶ Cf. também, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 67.

Proteção por um governo estrangeiro a combatentes e civis do adversário¹³⁹⁷, diretamente configurado pelas, e para as especiais, exigências da guerra – não estando sujeito a suspensão durante a contenda e consagrando assim direitos e deveres não derogáveis¹³⁹⁸ –, o direito dos conflitos armados regulamenta os aspetos de uma luta pela vida e pela morte entre concorrentes que operam com base numa igualdade formal e – derivado como é da tradição medieval do cavaleirismo¹³⁹⁹, o que garante um mínimo de fair play¹⁴⁰⁰ –, desde que as regras do jogo sejam respeitadas, é admissível causar os tais sofrimento, privação de liberdade, e morte¹⁴⁰¹. Não tendo alguma vez sido sua intenção assegurar uma luta justa¹⁴⁰², embora permeável a considerações de justiça¹⁴⁰³, não dá uma completa proteção aos civis, não ilegaliza os danos colaterais que não violem a regra da proporcionalidade e faz pouco pelos combatentes exceto nas ditas regras do fair play e na obrigação de não recusar quartel¹⁴⁰⁴.

Pelo contrário, o direito dos direitos humanos, cuja rede cobre hoje virtualmente a inteira comunidade internacional¹⁴⁰⁵, protege a integridade física e a dignidade humana em todas as circunstâncias, aplicando-se a relações entre partes desiguais, protegendo os governados dos seus governos, e não podendo – à sua luz – ninguém ser privado da vida, exceto em cumprimento de uma decisão de um tribunal competente¹⁴⁰⁶. Apesar de primariamente projetado para tempo de paz, não há dúvida de que se aplica em tempo de guerra¹⁴⁰⁷, exceto derrogação¹⁴⁰⁸, *maxime*, guerra, ou alguma limitação implícita ou explícita inerente aos direitos humanos que consagra¹⁴⁰⁹.

2.1.3.4. O direito dos crimes de guerra

¹³⁹⁷ Assim, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 7.

¹³⁹⁸ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 83.

¹³⁹⁹ Este servia como direito costumeiro que governava não as relações entre os estados, nações ou pessoas, mas entre uma classe de homens guerreiros, sendo *neste sentido* um sistema muito internacional. Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 9 e 10.

¹⁴⁰⁰ Assumindo a paridade dos contendentes, o direito internacional preocupava-se com o *bellum*, derivado de *duellum*, como assegurando estes critérios de fair play. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 163.

¹⁴⁰¹ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8, acrescentando que esta é uma visão estreita e técnica da legalidade

¹⁴⁰² Assim, SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, p. 27, aludindo à possível exceção das represálias beligerantes, que todavia não visa promover uma luta justa, mas forçar uma parte que viole o direito internacional humanitário a regressar ao seu cumprimento.

¹⁴⁰³ Cf., também, BAXTER, RICHARD, “The First Modern Codification”, p. 127.

¹⁴⁰⁴ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, p. 241.

¹⁴⁰⁵ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 69

¹⁴⁰⁶ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

¹⁴⁰⁷ A ideia de que ele nunca desaparece é avançada em MERON, THEODOR, *The Making*, pp. 59 e 60.

¹⁴⁰⁸ *Nuclear Weapons*, p. 240, para. 25.

¹⁴⁰⁹ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, pp. 69 a 73 e 77 a 79.

Resultado do direito internacional humanitário, o direito penal internacional contemporâneo, ramo de direito híbrido¹⁴¹⁰, combina ainda três tradições distintas – a dos direitos dos direitos humanos, a do direito penal nacional e a da justiça de transicional – cada uma delas, em diferentes graus, informando os propósitos e princípios da persecução internacional, criando a sua interação conflitos no seu interior¹⁴¹¹.

No que diz respeito especificamente à sua secção de crimes de guerra, uma versão hodierna acentuaria ainda que – tal como no que diz respeito aos outros crimes nucleares de direito internacional – está aqui em causa a proteção da paz mundial, pois é seu objetivo, além da proteção de direitos individuais durante o conflito armado, limitar a perturbação à paz e segurança e tornar mais fácil restaurar a paz e a comunidade depois de o conflito terminar¹⁴¹².

2.1.3.5. As questões a que o tribunal teria de responder ao perspetivar o caso como um ataque de guerra

Como observado em *Kononov I*, apesar de os eventos não terem tido lugar numa situação de combate, a vila de Mazie Bati localizava-se a cerca de 80 quilómetros da frente de combate numa região ocupada pela Alemanha nazi, que tinha sido invadida pela *Wehrmacht*, e onde unidades de *partisans* vermelhos levavam a cabo ataques de guerrilha contra os alemães, sendo a própria vila cenário de escaramuças armadas; enfim a área era *palco de hostilidades*¹⁴¹³.

Ora, apesar de no momento imediatamente anterior ao do ataque do grupo de Kononov não estarem a decorrer hostilidades na aldeia, uma das questões não distintamente atacada pelo tribunal, em termos de direito da guerra, e em geral, seria a de se seria permitido usar força letal – ordenada ou não por um órgão de tipo judicial-militar – contra (eventuais) colaboradores com o inimigo, cuja colaboração teria (eventualmente) dado causa a baixas, e que (eventualmente) ainda causavam um perigo militar, através de uma operação que (eventualmente) causaria danos colaterais.

¹⁴¹⁰ Segundo CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 7, é direito internacional público impregnado de noções, princípio e construções jurídicas de direito criminal nacional, direito internacional humanitário e direito dos direitos humanos.

¹⁴¹¹ Assim, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, pp. 78 e 81.

¹⁴¹² Neste sentido, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 409, marg. 1073, aludindo a PICTET, JEAN, *Geneva Convention I*, 1957, p. 361.

¹⁴¹³ Assim, ECHR, Judgment, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 24 de Julho 2008 (*Kononov I*), para. 125.

Em caso de resposta afirmativa à pergunta, surgiria a outra de se a operação em concreto foi executada de acordo com as leis e costumes da guerra, nomeadamente se houve violação da proibição de matar ou ferir inimigos *hors combat*. O tribunal, ao não separar estas duas questões de forma clara, dá azo a muitas dúvidas quanto ao direito que está a considerar.

A necessidade de resposta a estas questões decorre da forma como o tribunal perspetivou o cenário sobre o qual a decisão recaía. Apesar de ter sido levantada a hipótese de que a ordem era para uma captura dos aldeões e que houve censura por tal não ter sucedido¹⁴¹⁴, também foi alegado que a unidade de Kononov não estava em posição de capturar os aldeões e trazê-los perante o tribunal e que eles eram um obstáculo em combate e um perigo mortal para os *partisans*¹⁴¹⁵. Ora, o tribunal parece ter aceite e (partido) (d)este quadro factual pois afirmou que objetivo em causa era, *inter alia*, matar os aldeões e destruir as quintas, o que estaria em consonância com esta última alegação¹⁴¹⁶.

Por último, o tribunal aceitou – tal como tinha sido estabelecido pelos tribunais letões – que Kononov organizou, planeou, comandou e liderou a unidade em causa, ou seja, ele teria controlo *de jure* e *de facto* da sua unidade e, dado o objetivo da missão, teria a *mens rea* exigida, o que tornaria *não necessário* responder à questão de se os tribunais domésticos poderiam ter determinado que Kononov tinha cometido pessoalmente os atos de Marie Batzi¹⁴¹⁷.

Tendo em conta que o tribunal entendeu a responsabilidade enquanto comandante como não sendo uma responsabilidade vicária¹⁴¹⁸ – e que aludiu ao parágrafo 141 de *Kononov I*, em que se afirmava que “partindo do pressuposto de que as mortes de três mulheres de Mazie Bati resultaram de um abuso de autoridade por parte dos *partisans* vermelhos, o Tribunal observa que, tal como no caso dos seis homens, as decisões dos tribunais da Letónia não contêm uma indicação do grau exato de implicação do recorrente nas execuções, [que] nunca foi alegado que ele próprio matou as mulheres ou que ordenou ou incitou os seus companheiros a fazê-lo [e que,] em todo o caso, o Tribunal considera que, mesmo se a condenação do recorrente fosse baseada no direito nacional, ela é manifestamente contrária aos requisitos do artigo 7 da Convenção [...]” – é discutível a dispensabilidade, pois não é manifesto o modo da sua responsabilidade ‘não vicária’ pelos excessos.

¹⁴¹⁴ Cf. *Kononov II*, para. 24.

¹⁴¹⁵ Cf. *Kononov II*, para. 162.

¹⁴¹⁶ Assim, *Kononov II*, para. 223.

¹⁴¹⁷ Assim, *Kononov II*, para. 223.

¹⁴¹⁸ Assim, *Kononov II*, para. 211.

Um tribunal que aplique um verdadeiro *nullum crimen*¹⁴¹⁹ possivelmente não poderia descartar a discussão sobre a responsabilidade por comando da forma como o fez a Grande Câmara. Por outras palavras, mesmo que o seu comando tivesse compreendido uma ordem para matar, colocar-se-ia a a questão de se lhe poderiam ser atribuídas as mortes eventualmente ‘não ordenadas’. Especialmente, relativamente à morte da mulher grávida, ao meio utilizado para esse fim, e à queima das quintas agrícolas, haveria que perguntar como poderia ele ser responsabilizado. Ordenou? Não preveniu? Não puniu?

Seja como for, o tribunal parece ter aceitado, não só que os atos de membros individuais do grupo não podiam ser vistos como meros excessos e que – de acordo com os princípios que governam a responsabilidade de grupos organizados – os membros do grupo são cúmplices das infrações independentemente do papel que têm no cometimento, mas também que ele teria a *mens rea* exigida¹⁴²⁰.

2.1.3.6. Objetivos militares legítimos e *status* dos aldeões

2.1.3.6.1. Introdução

Muito daquele já mencionado emaranhado de questões jurídicas em *Kononov* é perpassado pelo princípio da distinção entre civis e combatentes, talvez o pilar mais fundamental do direito do conflito armado internacional¹⁴²¹. A ideia subjacente à dualidade combatentes/civis é a de que – para proteger os civis das consequências catastróficas da guerra – é imperioso que o inimigo possa distinguir os civis dos combatentes, pois se as linhas de divisão se esbatem há um risco palpável de que, “*por via das dúvidas*”, o inimigo trate as pessoas na, ou perto da, zona de operações de combate como se fossem combatentes e então o princípio da distinção de pouco vale¹⁴²².

O nível de exigência que o direito internacional pode impor a um exército, no que diz respeito ao risco de ferimento e morte a que têm de se expor os seus soldados não é – e não pode ser, pela própria natureza do que uma guerra significa – muito elevado. Sublinha-se esta ideia, ou melhor, parte-se dela como premissa, pois uma incorreta perceção da sua importância pode levar a avaliações menos exatas sobre as imposições estabelecidas pelo direito dos conflitos armados.

De alguma forma passando por cima das implicações mais claras desta ideia e daquela dualidade, o tribunal começou o seu raciocínio com base *naquela* hipótese mais

¹⁴¹⁹ Cf. *infra* Parte IV, 2.2.

¹⁴²⁰ Cf. *Kononov II*, para. 40, aludindo à disposição da Carta de Nuremberga que se refere à responsabilidade por todos os atos praticados por qualquer pessoa na execução do plano e considerando infundado o argumento de que o Tribunal de Recurso não tinha analisado a atitude subjetiva de Kononov relativamente às consequências.

¹⁴²¹ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 62.

¹⁴²² Assim, DINSTEIN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, p. 150

favorável ao requerente, irmanando o *status* de civis que participaram nas hostilidades e o de combatentes, sem explicar porquê, e inquinando por isso uma boa parte do arazoamento que se seguiu.

Provavelmente de par com uma história em que o acordo internacional relativamente ao que constitui um objetivo militar legítimo – para além da proibição básica de atacar civis enquanto tais – sempre foi difícil¹⁴²³, o tribunal também não atacou convincentemente a questão de porque é que os aldeões não podiam à altura dos factos ser considerados um objetivo militar legítimo dada a sua (suposta) colaboração com os alemães e perigo eventual da sua continuação¹⁴²⁴. Que hoje a conclusão pudesse ter de ser que eles não podiam ser atacados, não significa que, à altura dos factos, fosse claro que eles não o pudessem ser, aceitando-se ser surpreendente que o tribunal tenha achado necessário determinar o *status* jurídico dos aldeões mortos e depois tenha evitado dar uma resposta clara a essa pergunta¹⁴²⁵. De qualquer forma, o tribunal resolveu o caso com base naquela hipótese mais favorável.

2.1.3.6.2. Combatentes

2.1.3.6.2.1. Não são combatentes legítimos

Avança-se ainda que, tanto os tribunais da Letónia, como ambas as câmaras do TEDH, reconheceram que os aldeões estavam armados pelos alemães e que, pelo menos alguns deles, eram membros de unidades de autodefesa estabelecidas pelos alemães – o que daria razões para crer que a entrega do destacamento Chugunov foi cometida pelos aldeões como parte das suas obrigações para com os nazis –, estando essas pessoas prontas para entregar aos nazis quaisquer partidários que aparecessem na aldeia – sendo esse o seu dever militar permanente – e concluindo-se que, a partir do ataque do grupo Chugunov, essas pessoas não tinham deixado de exercer as suas funções militares, o que justificaria o ataque¹⁴²⁶.

Em *Kononov I*, referiu-se que o governo recorrido não contestou a afirmação de que foram os moradores que informaram os alemães da presença dos *partisans* no celeiro e, mais especificamente, que Meikuls Krupniks (o proprietário do celeiro), Bernardo Šķirmants e as três mulheres, foram os responsáveis pela traição, o que teria sido expressamente reconhecido pelos tribunais de primeira instância e de recurso – no que diz respeito a todos os homens em questão

¹⁴²³ Assim, PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification”, p. 85.

¹⁴²⁴ A expressão ‘objetivo militar legítimo’ é usada aqui no sentido normal de poder ser objeto de ataque lícito. Há debate sobre se os combatentes se devem incluir na definição de ‘objetivo militar’. HAINES, STEVEN, “The United Kingdom and Legitimate Military Objectives”, p. 128, n. 2. Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 92.

¹⁴²⁵ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 5, acrescentando que isto sugeriria que o tribunal reconhecia a sua própria incompetência na matéria ou que a resposta ainda não seria clara.

¹⁴²⁶ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, pp. 6 e 7, referindo-se equivocadamente, ao que parece, a que isto seria assim desde o ataque do grupo de Kononov.

ou, pelo menos, a Meikuls Krupniks – e ainda que, nem os tribunais nacionais nas suas decisões, nem o Governo nas suas observações, refutaram as alegações de que os aldeões teriam sido recompensados pelo comando militar alemão pelo seu ato¹⁴²⁷. Por último, que, tendo em conta estas considerações, e a prática levada a cabo pelos aldeões de vigilâncias noturnas, semelhante à prática levada a cabo pela polícia auxiliar da Letónia em vilas próximas, os *partisans* tinham fundamentos legítimos para considerar os aldeões, *não como habitantes pacíficos*, mas *como colaboradores do exército alemão*¹⁴²⁸.

E ao que parece, e apesar de não ser inteiramente clara no assunto – mas possivelmente não tinha que o ser –, a Grande Câmara aceitou estas considerações ao começar a sua análise com a possibilidade de os aldeões serem considerados como combatentes.

Porém, parece evidente que os aldeões não podiam ser considerados como combatentes legítimos à luz do direito da guerra, pois não preenchiam nenhum dos critérios necessários para o efeito previstos nos artigos 1 a 3 RH.

E, por isso, as repetidas referências do tribunal ao *status* de prisioneiros de guerra também são deslocadas pois não existiam pessoas que pudessem reclamar tal *status*, o qual pressupunha a captura de uma das pessoas referidas nos artigos 1 a 3 RH.

Para o *status* de combatente e de prisioneiro de guerra poder ser reclamado por uma pessoa que não pertença ao exército ela tem de pertencer a uma milícia ou corpo voluntário e: ser comandada por uma pessoa responsável pelos seus subordinados; ter um sinal distinto fixo que se reconheça à distância; usar armas à vista; respeitar, nas suas operações, as leis e usos de guerra¹⁴²⁹, requisitos estes que também se devem implicitamente considerar necessários no caso em que a pessoa pertença ao exército¹⁴³⁰. Nem podia ser de outra forma, pois o privilégio de engajamento em hostilidades e *status* – incluindo o de prisioneiro de guerra – inerente, vem com um preço, o da distinção entre eles e os civis. Há que sinalizar que são alvos legítimos¹⁴³¹. É evidente que os aldeões não preenchem os requisitos.

¹⁴²⁷ Assim, *Kononov I*, para. 128.

¹⁴²⁸ Assim, *Kononov I*, para. 129.

¹⁴²⁹ Artigo 1 RH. Segundo DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 43, há todas as razões para crer que três requisitos adicionais são direito costumeiro: organização; pertença a uma parte beligerante; ausência de dever de fidelidade relativamente à Potência detentora.

¹⁴³⁰ Assim, SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, pp. 24 e 25. O que resulta da jurisprudência sobre o assunto é que existe uma presunção de que os membros das forças armadas regulares preenchem os requisitos necessários para terem o *status* de prisioneiro de guerra, sendo esta presunção ilidível. Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, pp. 42 e 43.

¹⁴³¹ Cf. SCHAACK, BETH, “The Killing of Osama Bin Laden & Anwar Al-Aulaqi: Uncharted Legal Territory”, 2012 (disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/166>), p. 32.

A decisão está, no entanto, impregnada de referências ao estatuto de prisioneiro de guerra, o que contribui para a tornar ainda menos transparente.

Ainda hoje – e apesar de o respeito pelos direitos humanos e por uma interpretação humanitária das convenções de Genebra ter substituído a abordagem legalista e literal que exige nacionalidades diferentes para a definição de pessoas protegidas, à luz da ideia de que ninguém nas mãos do inimigo pode estar fora do alcance da lei¹⁴³² – não é de defender que o *status* de combatente – com o direito correspondente a ser tratado como prisioneiro de guerra – possa ser reclamado por pessoas na mesma situação que os aldeões¹⁴³³.

Especialmente à altura, não se presumiria que tal estatuto pudesse ser gozado por pessoas com ‘dever de fidelidade’ para com a parte que os combate¹⁴³⁴.

2.1.3.6.2.2. Inexistência de dever de captura mas proibição de execução sumária uma vez capturados

É verdade que, se eles fossem combatentes legítimos e tivessem sido capturados, não poderiam ser executados sumariamente relativamente a factos cometidos após se terem tornado prisioneiros. Mas este dado não fornece informação quanto ao caso de prisioneiros capturados que, em momento anterior, tenham cometido crimes de guerra¹⁴³⁵. Nem significa que existia uma obrigação de os capturar com prioridade sobre os atacar letalmente¹⁴³⁶.

Embora se possa questionar se existe hoje um dever de fazer uma distinção para estes efeitos entre meros soldados e objetivos militares altamente valiosos – especialmente líderes cuja eliminação seja preferível à captura –, nada sugere que no momento dos factos fosse ilegal o uso de força letal.

¹⁴³² Assim, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 53.

¹⁴³³ Cf. artigo 4 da Convenção de Genebra III.

¹⁴³⁴ Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *Non-International*, p. 109.

¹⁴³⁵ Já num sentido diferente, a Convenção de Genebra III de 1949 estabelece que “[o]s prisioneiros de guerra processados, em virtude da legislação da Potência detentora, por atos que cometeram antes de serem feitos prisioneiros, beneficiarão, mesmo que sejam condenados, desta Convenção” (Artigo 85). Apesar da “tersa redação”, a história legislativa deste artigo mostra que se refere a criminosos de guerra. Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 267.

¹⁴³⁶ Cf., por exemplo, o artigo 15 do Código de Lieber, que fala, tanto da permissão da destruição direta da vida de inimigos armados e de outras pessoas cuja destruição seja inevitável, como da permissão da captura de inimigos armados, inimigo de importância para o governo hostil ou de perigo peculiar para o captor, não estabelecendo qualquer ordem de preferência entre os dois.

Ainda no presente a conclusão é a de que não se formou uma norma costumeira que obrigue à captura em vez de ao uso de força letal¹⁴³⁷, exceto se os combatentes já estejam *hors de combat*. Sem prejuízo de se poder equacionar se por pressão de considerações de humanidade não está a emergir norma que imponha captura ou oportunidade para rendição se isso não trazer riscos militares acrescidos excessivos¹⁴³⁸.

De forma semelhante, e em princípio, sendo capturados, mas não tendo *status* de combatentes legítimos, e sendo acusados de conduta hostil, teriam direito a julgamento¹⁴³⁹.

De referir ainda que, hoje, pessoas nesta situação serão tratadas com humanidade e, em caso de serem processadas, não serão privadas do direito a um processo imparcial e regular¹⁴⁴⁰.

Não parece existir dúvida de que a pena de morte só pode ser infligida depois de julgamento e, por conseguinte, não há incerteza relativamente a que beligerantes não privilegiados capturados não podem ser sumariamente executados. Mas também há que salientar que – tendo em conta que a convenção se aplica a “pessoas que, num dado momento e de qualquer forma, se encontrem, em caso de conflito ou ocupação, em poder de uma Parte no conflito ou de uma Potência ocupante de que não sejam súbditas”¹⁴⁴¹ e ainda as derrogações previstas no artigo 5 – continua a existir uma categoria de pessoas que não é tratada nem como civil pacífico nem como prisioneiro de guerra e que estão sujeitas à máxima punição que o beligerante deseje impor¹⁴⁴².

De mencionar por último – e em sentido pelo menos em teoria diferente –, a posição que afirma hoje que a categoria de ‘combatente ilegítimo’ é inaceitável pois não é uma das categorias previstas pelo direito internacional humanitário e que, portanto, ou se é combatente –

¹⁴³⁷ Ilustrativa a este propósito a busca infrutífera por tal dever, mesmo em situações que não se podem dizer claramente de conflito armado, encetada em SCHAACK, BETH, “The Killing of Osama Bin Laden & Anwar Al-Aulaqi: Uncharted Legal Territory”.

¹⁴³⁸ Em sentido aparentemente afirmativo, pelo menos relativamente a situações em que uma parte do conflito exerce um controlo territorial efetivo, principalmente em territórios ocupados e conflitos não-internacionais, INTERPRETIVE GUIDANCE ON THE NOTION OF DIRECT PARTICIPATION, pp. 1041 a 1043. No sentido de que continua a não existir qualquer norma costumeira com este conteúdo, cf., por exemplo, DINSTEIN, YORAM, *Non-International*, p. 59.

¹⁴³⁹ Assim, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, p. 340. Se forem combatentes ilegítimos e criminosos de guerra podem ser acusados à luz do direito da guerra ou à luz da lei doméstica. Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, pp. 267 e 268.

¹⁴⁴⁰ Cf. artigo 5 (3) CG IV.

¹⁴⁴¹ Artigo 4, para. 1 CG IV.

¹⁴⁴² BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, pp. 328 e 329. Daí que seja importante ter em atenção o artigo 45 (3) do PA-I que estabelece que “[t]odo aquele que, tendo tomado parte em hostilidades, não tiver direito ao estatuto de prisioneiro de guerra e não beneficiar de um tratamento mais favorável, em conformidade com a Convenção IV, terá em qualquer momento direito à proteção do artigo 75 do presente Protocolo”, o qual estabelece garantias fundamentais detalhadas que são vistas como expressão de direito costumeiro internacional. Cf., DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, pp. 36 a 38.

no sentido das convenções de Genebra – ou civil, sujeito ao direito penal internacional e com direito à proteção do direito internacional dos direitos humanos¹⁴⁴³.

2.1.3.6.2.3. O ataque e a violação do princípio da distinção por todos

2.1.3.6.2.3.1. Astúcias de guerra *partisan* como não ilegítimas à luz do *jus in bello*

Apesar de o tribunal argumentar que, no momento do ataque de Kononov, as vítimas estavam desarmadas e a levar uma vida pacífica, não parece que tenha excluído a possibilidade de os aldeões terem continuado a exercer as suas ‘funções militares’¹⁴⁴⁴. Parecendo também decorrer das palavras escolhidas pela Grande Câmara que um ataque contra o inimigo só seria permitido se houvesse certeza de que estivessem com capacidade para realizar ações militares (ou seja, não estão a dormir, descansar ou comer, etc.), caso em que qualquer ataque de surpresa – ou ataque com o uso de armas de longo alcance, que não permitem ao atacante ver o inimigo – seria automaticamente qualificado como crime de guerra, o que seria absurdo¹⁴⁴⁵. Correto é que um combatente inimigo pode ser atacado onde quer que seja encontrado, armado ou não armado, acordado ou a dormir, na linha da frente ou centenas de quilómetros atrás dessa linha¹⁴⁴⁶.

Por outro lado, não parece de sustentar que qualquer reação ao comportamento dos aldeões só pudesse ser levada a cabo antes do primeiro incidente com o grupo de Chugunov, para o evitar, e que, a partir do momento em que os guerrilheiros foram mortos, qualquer operação militar contra os aldeões fosse banida pelo direito vigente à época.

As conclusões do tribunal seriam ainda mais duvidosas quando aplicadas à guerrilha *partisan* de guerra, pois a esmagadora maioria das operações *partisans* são baseadas em ataques de surpresa e outras astúcias de guerra, o que levaria – seguindo a lógica do tribunal – a que uma guerra *partisan* fosse uma cadeia contínua de crimes de

¹⁴⁴³ Assim, HEINTZE, HANS-JOACHIM, “Do Non-State Actors Challenge International Humanitarian Law?”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007, p. 167. Esta afirmação é feita no contexto de uma discussão sobre o terrorismo global e atores não-estatais. O TPIAJ também já se pronunciou aparentemente neste sentido. Aparentemente, no mesmo sentido, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, pp. 258 e 259. Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles* pp. 428 e 429, marg. 1128; DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 36.

¹⁴⁴⁴ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 7. Por outras palavras, continuariam prontos para entregar os *partisans* aos alemães, o que resultaria em morte iminente dos *partisans*. ASSIM, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 7.

¹⁴⁴⁵ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, pp. 7 e 8.

¹⁴⁴⁶ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 7 e ; DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 34.

guerra¹⁴⁴⁷. Na verdade, só uma concepção equivocada do direito que emergiu das conferências de Bruxelas e Haia, onde não se quis ilegalizar a resistência mais do que se quis legalizar¹⁴⁴⁸ ou, de forma mais benevolente, um “formalismo jurídico rígido”, poderia levar à caracterização das atividades de resistência conduzidas contra a Alemanha, Itália e Japão como violações do direito internacional¹⁴⁴⁹. Esta visão é corroborada em *Hostages*, caso em que se afirmou que os guerrilheiros estão colocados na mesma posição que um espião, podendo ser criminosos de guerra aos *olhos do inimigo* e sendo punidos, não porque as suas atividades sejam ilegais perante o direito internacional, mas pelo perigo que elas representam¹⁴⁵⁰.

Além de nascida modernamente talvez como “*guerrilla*”¹⁴⁵¹, pelo recurso a táticas *partisans* durante as invasões napoleônicas em Espanha, desenvolvida à luz da noção de *franc-tireurs* na guerra franco-alemã de 1870 e 1871 e criadora de dificuldades na distinção entre milícias legítimas e franco-atiradores ilegítimos¹⁴⁵², a resistência popular – incluindo a guerra de guerrilha – era, de acordo com a “doutrina marxista” da guerra do povo – à qual um número importante de poderes militares aderiu –, um meio necessário e apropriado de defesa¹⁴⁵³.

Contudo, o facto de não ser uma violação do *jus in bello* não significa que por isso beneficie dos privilégios que um engajamento na guerra em conformidade com certas regras fornece. Ora, o tribunal assumiu que Kononov e a sua unidade eram combatentes legítimos e que não perderam esse estatuto pelo uso indevido do uniforme inimigo¹⁴⁵⁴, o que também resultaria do acordo geral¹⁴⁵⁵. Mas já não de uma interpretação menos literal das regras sobre o *status* de combatente, dado que estas

¹⁴⁴⁷ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 8.

¹⁴⁴⁸ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 328. Na conferência de Haia de 1899 discutiu-se o direito de uma população ocupada à resistência e, sendo verdade que não se o reconheceu, também não se o negou. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 203.

¹⁴⁴⁹ Assim, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, pp. 334 e 335. No que ao direito internacional diz respeito, é difícil de ver qualquer fundamento ético para um princípio de direito internacional que ilegalizasse atos de resistência que, num sentido moral, são heróicos e não criminosos. Assim, BAXTER, RICHARD, “The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant”, p. 258.

¹⁴⁵⁰ *Hostages*, p. 1245. Cf., ainda, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, p. 336.

¹⁴⁵¹ Sobre este termo e outros próximos cf. LIEBER, FRANCIS, *Guerrilla parties: considered with reference to the laws and usages of war*, D. Van Nostrand, 1862.

¹⁴⁵² Assim, OETER, STEFAN, “Is the Principle of Distinction Outdated?”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007, p. 53.

¹⁴⁵³ Assim, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, p. 335, referindo-se à visão, defendida pelo delegado à conferência de Bruxelas dos países que mais frequentemente tinham sido invadidos, de que existia o direito do país atacado de chamar os seus cidadãos às armas para resistir ao inimigo. Cf. *infra* Parte I, 10.2.2.

¹⁴⁵⁴ *Kononov II*, para 201.

¹⁴⁵⁵ *Kononov II*, para. 200.

poderiam implicar a sua perda *in casu* pois – e apesar de ironicamente preenchidas literalmente as condições acima referidas – é discutível que a utilização do uniforme da *Wehrmacht* pudesse ser considerado como preenchendo o pressuposto relativo à vestimenta (‘o sinal distinto fixo’) tendo em conta o intuito do seu uso: não o de se distinguirem enquanto inimigos, mas o oposto, o de se distinguirem como ‘amigos’. Mesmo à luz dos requisitos “mais frouxos” relativamente ao uniforme do PA-I¹⁴⁵⁶ não estariam preenchidas as condições substantivas exigidas para tal qualificação.

O que não significa automaticamente que, ao atacarem os aldeões – sem serem portadores do *status* de combatentes legítimos – estivessem a cometer um crime de guerra, pois atacar o inimigo sem (o seu) uniforme não constitui *per se* um crime de guerra. Mas poderiam estar a cometer homicídios à luz da lei doméstica aplicável¹⁴⁵⁷.

Uma interpretação menos liberal, em sintonia com a literal, avançaria que ao usarem o distintivo, o uniforme, e ao portarem armas à vista, claramente se distinguiriam dos civis, condição cardinal da existência destes dois requisitos¹⁴⁵⁸, e que, portanto, as condições estão preenchidas. O facto de estarem a usar um uniforme alheio seria então encarado como uma legítima astúcia de guerra para enganar os ‘inimigos’. E, por isso, até se diria – como quem faz uma pergunta – que o uso do uniforme do inimigo para enganar o inimigo não deve sequer ser proibido desde que isso não tenha nenhum impacto negativo na distinção entre combatentes e civis.

2.1.3.6.2.3.2. Métodos traiçoeiros

“ [I]l est notamment interdit [...] de tuer ou de blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l’armée ennemie” [...] d’user indûment du pavillon parlementaire,

¹⁴⁵⁶ Cf. SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, p. 25, acrescentando que, devido à oposição dos EUA, este relaxamento não se pode considerar direito costumeiro. No mesmo sentido, conferir a argumentação crítica de DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, pp. 51 a 55.

¹⁴⁵⁷ Cf., também, SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, pp. 24 a 26, acrescentando que o facto de os combatentes ilegítimos serem puníveis por participarem no conflito diminui os incentivos para o cumprimento do direito internacional humanitário pois, num certo sentido, têm menos a perder com estas violações em comparação com os combatentes legítimos (SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, p. 45).

¹⁴⁵⁸ Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 43, observando ainda que, relativamente à exigência de que o sinal distinto fixo ‘se reconheça à distância’, há que interpretar a tersa formulação no sentido de que o ponto, não é que os combatentes possam ser vistos, mas sim se – caso observados – sejam ou não provavelmente confundidos com os civis. Por outro lado, relativamente ao porte de ‘armas à vista’, mais uma vez, a ideia é que se portem as armas à vista de uma forma razoável – o que depende da natureza da arma e das circunstâncias prevalentes – e que o ponto continua a ser o de que os combatentes legítimos têm de se abster de criar a impressão falsa de que são civis. Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 45.

du pavillon national ou des insignes militaires et de l'uniforme de l'ennemi, ainsi que des signes distinctifs de la Convention de Genève” (artigo 23 (b) e (f) RH).

Em *Kononov I*, avançou-se que os tribunais domésticos não explicaram porque é que a operação foi levada a cabo *traíçoeiramente*, no sentido do artigo 23 RH, e não como uma legítima *astúcia de guerra*, como autorizado pelo artigo 24¹⁴⁵⁹, considerando-se que o ataque não seria *per se* contrário às leis e costumes da guerra e que não existia uma *base jurídica plausível* em direito internacional para condenar o requerente por liderar a unidade responsável pela operação¹⁴⁶⁰.

A Grande Câmara também teria lido da mesma cartilha que os tribunais letões e não teria deixado claro porque é que se consideraria o ato, não como uma admissível astúcia de guerra, mas como um ato praticado com inadmissível perfídia ou à traição¹⁴⁶¹, sendo que a circunstância de a distinção entre uns e outros ser “bastante fina”¹⁴⁶² seria, com certeza – num contexto de princípio da legalidade –, mais uma razão para não passar ao lado do problema.

Todavia, recorde-se, o tribunal referiu que – quanto ao artigo 23 (b) – este poderia ter sido interpretado como incluindo quaisquer pessoas sob alguma forma de controlo de um exército hostil, incluindo a população civil de um território ocupado. Ora – e apesar de se poder questionar se o alcance último desta referência fará algum sentido, pois a população civil de um território ocupado não pode ser atacada, nem com meios traiçoeiros, nem com meios não traiçoeiros –, a invocação do artigo foi feita para justificar a existência de um crime autónomo relativamente aos ferimentos e morte traiçoeiros, *através da utilização de forma abusiva de um uniforme inimigo*. Numa interpretação literal, o artigo 23 (b) não abrange os aldeões pois fala de indivíduos pertencentes à nação ou exército estrangeiro¹⁴⁶³. Mas, aventando-se que os aldeões devem ser considerados para estes efeitos como inimigo¹⁴⁶⁴, deve-se alertar para que,

¹⁴⁵⁹ *Kononov I*, para. 134

¹⁴⁶⁰ *Kononov I*, para. 137

¹⁴⁶¹ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, pp. 7 e 8. À altura, segundo o tribunal, ferimentos traiçoeiros e ferimentos com perfídia eram entendidos da mesma forma. Cf. *Kononov II*, para. 76. O código de Lieber referia que se admitia engano mas não atos de perfídia, clandestinos ou traiçoeiros (cf. artigos 16 e 101).

¹⁴⁶² AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, pp. 383 e 384.

¹⁴⁶³ Além de que os nacionais do próprio estado não fariam parte da classe de pessoas protegidas pela proibição prevista no artigo 23 (f). Cf., também, relativamente ao ETPI, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 502, marg. 1356.

¹⁴⁶⁴ Em THE CONTRIBUTION OF THE AD HOC TRIBUNALS TO INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, 13 *American University International Law Review*, 1997-1998, p. 1516, Theodor Meron considera que implementar literalmente a disposição das convenções de Genebra – no que diz respeito ao teste da nacionalidade – a situações como a do conflito jugoslavo seria o “ponto máximo do legalismo”, devendo-

em princípio, quem se visa proteger, neste contexto, são os que se ‘distinguem’. O artigo ao se referir a indivíduos pertencentes à nação ou exército estrangeiro não parece ter em vista indivíduos que usam meios traiçoeiros para não se ‘distinguirem’, mas sim militares que observam as leis da guerra e civis que não se envolvem traiçoeiramente nas hostilidades, ou seja, pessoas que se ‘distinguem’ aos olhos do inimigo¹⁴⁶⁵.

Por outro lado, o uso do uniforme do inimigo como disfarce antes da batalha era olhado, por alguns, como uma legítima astúcia de guerra e, por outros, como devendo ser proibido em qualquer circunstância¹⁴⁶⁶. Quanto a ser um ato pérfido – envolvendo a criação de uma impressão falsa de que há um direito a não ser atacado¹⁴⁶⁷ – o artigo 37 PA-I, e ao passo que prevê expressamente a simulação do *status* de civil como perfídia, parece fazer perdurar a dúvida, ao não prever a situação em análise como exemplo. Dúvida que não é dissipada pela localização da proibição do uso do uniforme do inimigo no artigo 39 (2) PA-I.

Artigo 37 (Proibição da perfídia)

1 - É proibido matar, ferir ou capturar um adversário recorrendo à perfídia. Constituem perfídia os atos que apelem, com intenção de enganar, à boa fé de um adversário para lhe fazer crer que tem o direito de receber ou a obrigação de assegurar a proteção prevista pelas regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados. São exemplo de perfídia os atos seguintes:

- a) Simular a intenção de negociar a coberto da bandeira parlamentar, ou simular a rendição;
- b) Simular uma incapacidade causada por ferimentos ou doença;
- c) *Simular ter estatuto de civil ou de não combatente;*
- d) Simular ter um estatuto protegido utilizando sinais, emblemas ou uniformes das Nações Unidas, Estados neutros ou de outros Estados não Partes no conflito.

2 - As astúcias de guerra não são proibidas. Constituem astúcias de guerra os atos que têm por fim induzir um adversário em erro ou fazer-lhe cometer imprudências, mas que não violem nenhuma regra do direito internacional aplicável aos conflitos armados e que, não apelando à boa fé do adversário no respeitante à *proteção prevista por aquele direito*, não são

se substituir a nacionalidade por “estar nas mãos do adversário”. Admita-se então que já em 1944, e apesar das diferenças de contexto, uma interpretação não legalista do artigo 23 (b) RH seria a mais adequada.

¹⁴⁶⁵ Segundo WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*. pp. 498 e 499, margs, 1341 e 1343, apesar da proibição de perfídia em conflitos internacionais se estender tanto a combatentes como civis, já em conflitos internos só os combatentes da parte inimiga beneficiam desta proteção.

¹⁴⁶⁶ O artigo 8 (b) (c) e (d) do Manual de Oxford parece sustentar esta última hipótese. Possivelmente no sentido de que o abuso do uniforme do inimigo é um crime de guerra cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 185, 205 e 346.

¹⁴⁶⁷ Cf. DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 231.

perfidias. Os atos seguintes são exemplos de astúcias de guerra: uso de camuflagem, engodos, operações simuladas e falsas informações.

Artigo 39 (Sinais de nacionalidade)

2 - É proibido utilizar as bandeiras, pavilhões, símbolos, insígnias ou uniformes militares das Partes adversas durante os ataques ou para dissimular, favorecer, proteger ou prejudicar operações militares.

Em alguma linha de continuidade com *Skorzeny* – caso em que um tribunal militar americano absolveu vários soldados alemães acusados de usar uniformes americanos durante uma operação¹⁴⁶⁸ –, e apesar de ser comportamento proibido, pelo menos em batalha¹⁴⁶⁹, possivelmente ainda hoje não se deve considerar o uso do uniforme do inimigo como conduta pérfida mas, com mais segurança relativamente ao passado, adianta-se que – podendo tal conduta não ser um crime de guerra – os indivíduos que assim se disfarçassem não tinham direito ao *status* de prisioneiro de guerra¹⁴⁷⁰. O que estaria em consonância com uma distinção que sublinha que as astúcias de guerra são ações com intenção de enganar o adversário para que ele aja temerariamente mas que – ao contrário dos atos pérfidos – não envolvem um fingimento de um *status* protegido¹⁴⁷¹.

A ideia seria ainda a de que o uniforme do inimigo não tem um *status* específico protegido à luz do direito internacional humanitário, o que, à partida, pareceria casar

¹⁴⁶⁸ DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 208. Cf., também, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, vol. I, p. 216. DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, pp. 237 e 238, refere que o uso em causa foi anterior ao combate.

¹⁴⁶⁹ Por exemplo, os EUA afirmaram que não apoiam a formulação da proibição prevista no artigo 39 do PA-I. Tendo esta posição em conta, sustenta-se que a regra sobre o uso indevido de uniformes é parte do direito costumeiro, mas que não se pode concluir de se a proibição do uso de uniformes, fora de combate, é proibida. Assim, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, vol. I, p. 216. Parece que a posição dos EUA é a de que eles podem ser utilizados como astúcias de guerra, mas não em combate efetivo. Cf. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 208. Não seria de estranhar que tenha sido esta posição que levou a que – apesar da formulação do ETPI (“Utilizar indevidamente uma bandeira de tréguas, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves;”), que parece tratar todos elementos distintivos da mesma forma – os Elementos dos Crimes do ETPI limitassem a infração a um *uso impróprio que seja cometido durante um ataque de uma forma contrária ao direito internacional*. Elements of Crimes, Published by the International Criminal Court (disponível em <http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/0/elementsofcrimeseng.pdf>), p. 21.

¹⁴⁷⁰ Assim, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, pp. 341 e 342. O uso do uniforme em batalha, com o propósito de enganar o inimigo, era considerado pelo Código de Lieber como um ato de perfídia pelo qual se perde toda a proteção das leis da guerra (artigo 65). O artigo 63 estabelecia que as tropas que combatam usando o uniforme do inimigo, sem marca própria, evidente, distinguível e uniforme não podem esperar quartel.

¹⁴⁷¹ Assim, SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, p. 30, n. 74.

mal com o artigo 23 (f) RH que interdita o seu uso indevido, parecendo difícil sustentar que o seu uso em hostilidades não é indevido¹⁴⁷², tendo ainda em conta que, no fundo, ao usarem o uniforme estavam a criar nos aldeões a confiança de que estariam protegidos à luz das leis e costumes de guerra que teriam que ser respeitados pelo ocupante alemão¹⁴⁷³. Dificuldade atenuada se se pensar que a lógica do artigo é a de que há usos do uniforme do inimigo que não são indevidos. Ao que se acrescentaria, por último, que a resolução daqueles casos – nomeadamente os relacionados com astúcias – que não caem de forma clara, ou na categoria de crimes de guerra, ou na de beligerância ilegítima, deve depender de uma decisão sobre se o ato em causa é tão pérfido ou inumano que exige a intervenção do direito das nações¹⁴⁷⁴. *In casu*, esta ponderação conduziria a que o uso do uniforme não fosse considerado crime de guerra.

Seja como for, aventando-se a possibilidade de os aldeões terem cometido crimes de guerra relacionados com a violação do princípio da distinção – e tendo em consideração que o *tu quoque* é uma defesa unanimemente rejeitada, e não sendo aqui o lugar indicado para atestar da bondade desta rejeição¹⁴⁷⁵ – a questão do uso indevido

¹⁴⁷² Talvez uma forma de ultrapassar a dificuldade fosse a de considerar que não era um crime de guerra mas uma mera violação das leis e costumes de guerra. Em favor desta possibilidade, o facto de não ser considerado como violação grave do PA-I que só considera como tal o “[u]tilizar perfidamente, em violação do artigo 37.º, o sinal distintivo da Cruz Vermelha, ou do Crescente Vermelho ou outros sinais protetores reconhecidos pelas Convenções e pelo presente Protocolo” (artigo 85 (3) (f) PA-I). No entanto, há que ter em conta que a distinção entre atos de engano que são ilegais, e os que o não são, visa assegurar que um mínimo código de conduta seja honrado pelos beligerantes, pois só se houver confiança de que o inimigo respeita esse mínimo – evitando engano quando proteção é devida – é que eles respeitarão a lei, o que leva a que, para a proteção não se erodir, qualquer quebra desse código tem de acarretar consequências severas. Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 229. Recorde-se ainda que a proibição de perfídia é baseada nos “códigos medievais de cavaleirismo”, proibindo quebras de confiança cometidas para obter vantagem militar e servindo, indiretamente, para proteger as regras de direito internacional humanitário. Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 476, marg. 1282.

¹⁴⁷³ Mas repare-se que, ao se apresentar este argumento, se está a considerar os aldeões como população de um território ocupado e não como o ‘inimigo’. Se se os considerasse como o ‘inimigo’ então mais um problema emergiria, pois o ato não envolveria nenhuma confiança das vítimas de que o direito internacional as protege contra atos ‘das suas próprias tropas’, não sendo então um ato pérfido no sentido do artigo 37 (1) do PA-I mas, possivelmente, sê-lo-ia à luz do artigo 23 (b), pois este artigo não é substituído por aquele nas situações em que é mais lato. Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 232.

¹⁴⁷⁴ Assim, BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction”, p. 68. Ideia a ter em conta tanto em relação aos atos dos *partisans* como especialmente em relação ao ato prévio dos aldeões.

¹⁴⁷⁵ Segundo JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 52 a sua natureza jurídica não é clara, não podendo ser uma justificação, talvez pudesse ser considerada um impedimento processual. Um beligerante não poderia acusar o seu inimigo com uma particular forma de guerra ilegal se ele próprio violou a mesma regra, caso esta violação não pudesse ser justificada enquanto represália. Cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 364.

enquanto violação do *jus in bello* poderá encontrar-se justificada no âmbito das represálias¹⁴⁷⁶.

2.1.3.6.3. Civis que participa(ra)m nas hostilidades

Em relação aos aldeões o tribunal colocou a possibilidade de estes serem civis que participaram nas hostilidades, havendo quem defenda que aqui o tribunal inventou uma nova categoria – até então não conhecida do direito internacional humanitário – sem explicar porquê, nem definir claramente as características do respetivo estatuto jurídico, como que tentando reconhecer a participação dos aldeões nas hostilidades e, ao mesmo tempo, lhes garantir todas as proteções jurídicas de que gozam os civis¹⁴⁷⁷.

2.1.3.6.3.1. Na Segunda Guerra

Tendo presente o alerta de que, num tempo de guerra total com a lei muito menos clara do que hoje, a prática de então não deve ser julgada pelos *standards* jurídicos hodiernos¹⁴⁷⁸, pode-se começar por aludir à afirmação de que – ao tempo dos factos – todas as pessoas envolvidas em conflito armado, com pequenas exceções, eram qualificadas, ou como combatentes, ou como civis, e que ambos deveriam executar as obrigações inerentes ao seu estatuto jurídico, em particular os civis, a fim de desfrutarem das garantias jurídicas inerentes a esse *status*¹⁴⁷⁹.

Com mais rigor acentua-se que as classes de pessoas que tradicionalmente não beneficiavam de um *status* privilegiado à luz do direito internacional incluíam os guerrilheiros, os *partisans*, os chamados sabotadores, os *franc-tireurs* e outras pessoas que, em face do inimigo, ou atrás das suas linhas, cometessem atos hostis e não preenchessem os requisitos para serem qualificados como beligerantes legítimos¹⁴⁸⁰. Na verdade, se a proteção de civis não combatentes ainda estava numa fase primitiva¹⁴⁸¹, a proteção de civis que decidiam participar nas hostilidades era praticamente inexistente.

Por outro lado, avança-se ainda que o conceito de participação nas hostilidades era interpretado de forma ampla, abrangendo, nomeadamente, o fornecimento de tropas com

¹⁴⁷⁶ Cf. *infra* Parte IV, 2.1.3.9.

¹⁴⁷⁷ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 6.

¹⁴⁷⁸ Alerta em PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification”, p. 82, discutindo bombardeamentos aéreos.

¹⁴⁷⁹ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 6.

¹⁴⁸⁰ Assim, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, pp. 326 e 327.

¹⁴⁸¹ Assim, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, p. 326.

alimentos, a realização de funções de comunicação, etc., e os civis que realizassem essas atividades perdiam o direito de proteção¹⁴⁸².

Com mais segurança se pode defender que, quem aceitasse ser armado por um beligerante e colaborasse com ele ao ponto de lhe ‘entregar’ a vida de combatentes do lado oposto, tomaria uma tal parte nas hostilidades que, em princípio, passaria a ser considerado como um objetivo militar legítimo. Parece indisputável que, salvo alguma circunstância excecional, qualquer ponderação e tentativa de equilíbrio entre o princípio da necessidade militar e o princípio humanitário não podia levar a conclusão diversa.

O tribunal referiu, apoiando-se em *Oppenheim & Lauterpacht*, que “[i]t was also a rule of customary international law in 1944 that civilians could only be attacked for as long as they took a direct part in hostilities” mas o que a autoridade em causa assere é que “in the eighteenth century it became a universally recognised customary rule of the Law of Nations that private enemy individuals should not be killed or attacked. In so far as they do not take part in the fighting, they may not be directly attacked and killed or wounded”¹⁴⁸³.

Neste trecho só se afirma que, no século XVIII, se tornou norma consuetudinária universalmente reconhecida do direito das gentes que as pessoas inimigas civis não devem ser mortas ou atacadas pois, desde que não *tomem parte na luta*, não podem ser *diretamente* atacados. Não se diz que os civis que não tomem parte *direta* na luta não podem ser atacados, mas somente que os que não tomem parte na luta não podem ser *diretamente* atacados, o que implica que para serem diretamente atacados basta tomarem parte na luta, direta ou *indiretamente*.

2.1.3.6.3.2. Hoje

Tendo em conta que, do mesmo passo que a prática da Segunda Guerra oferece lições valiosas relativamente ao que pode ser visto como objetivo militar, sendo que o que era então considerado tal não terá de o ser hoje¹⁴⁸⁴, começa-se por destacar alguma continuidade na questão de que se trata.

Ainda no presente, de facto, ao elaborar sobre a perda do estatuto de civil por participação *direta* nas hostilidades, o TPIAJ esclarece que o conceito claramente compreende

¹⁴⁸² Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 6, acrescentando que eram tratados como traidores, pois o inimigo, a partir da assunção de que seriam civis, não esperaria tal conduta, estando assim sujeitos a serem mortos.

¹⁴⁸³ Cf. *Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersh Lauterpacht (ed.), vol. II, 6.ª edição, London: Longmans Green and Co., 1944, p. 277 (sublinhados adicionados).

¹⁴⁸⁴ Assim, PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification”, p. 82, discutindo bombardeamentos aéreos.

participação armada em operações de combate – sem se limitar a ela – e inclui, por exemplo, porte, uso ou tomada de armas, participação em atos, atividades, condutas ou operações militares ou hostis, luta armada ou combate, participação em ataques contra pessoal, bens ou equipamentos inimigos, transmissão de informação militar para uso imediato de um beligerante, transporte de armas na proximidade de operações de combate, serviço como guardas, agentes de informação, vigias, ou observadores a benefício de forças militares¹⁴⁸⁵. Por outro lado, não compreende, sendo participação *indireta* nas hostilidades, por exemplo, a participação em atividades em apoio do esforço de guerra ou militar de uma das partes em conflito, a venda de bens a uma das partes no conflito, a expressão de simpatia pela causa de uma das partes em conflito, a não ação para evitar uma incursão por uma das partes em conflito, o acompanhamento e fornecimento de alimentos a uma das partes envolvidas no conflito, a recolha e transmissão de informação militar, o transporte de armas e munições, e fornecimento de suprimentos, o aconselhamento especializado sobre a seleção de pessoal militar, a sua formação ou a manutenção correta de armas¹⁴⁸⁶.

Por outras palavras, a participação *direta ou ativa* significa atos de guerra que pela sua natureza ou objetivo provavelmente causarão dano efetivo ao pessoal e equipamento das forças armada inimigas¹⁴⁸⁷.

A ideia que – nas quatro convenções de Genebra – ainda hoje parece servir de pano de fundo à proteção de quatro diferentes categorias de pessoas que foram postas fora de ação ou que, enquanto não combatentes, não participam nas hostilidades – e que são indivíduos com os quais o inimigo se depara à medida que a linha de batalha avança – é a de que o maltratamento destes não oferece nenhuma vantagem militar real e que o seu tratamento humano não é um obstáculo a uma busca agressiva de vitória¹⁴⁸⁸.

2.1.3.6.3.3. A conduta ‘traíçoira’ dos aldeões

De referir ainda que, por um lado, se os aldeões intencionalmente fingiram um *status* de civis para deixar aproximar o grupo de Chugunov e contribuir para a sua morte, os aldeões teriam simulado o *status* de pessoa protegida e, possivelmente, teriam violado o direito internacional humanitário pois os seus atos seriam qualificados como traiçoeiros¹⁴⁸⁹; por outro lado, se não tiveram o intento de fingir o tal *status*, mas a

¹⁴⁸⁵ Assim, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Strugar*, 17 de Julho 2008, para. 177.

¹⁴⁸⁶ Assim, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Strugar*, para. 177.

¹⁴⁸⁷ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 429, marg. 177. Rutaganda, para. 100...

¹⁴⁸⁸ Assim, BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction”, pp. 107 e 108.

¹⁴⁸⁹ Relativamente ao duvidoso carácter costumeiro do uso de roupas civis por combatentes com o objetivo expresso de atacar o inimigo como constituindo ato de perfídia, conferir SCHMITT, MICHAEL,

colaboração com os alemães ainda assim tivesse existido, então teriam participado diretamente nas hostilidades e perdido a imunidade ao ataque¹⁴⁹⁰. No primeiro caso, o comportamento teria atingido normas que nutrem a distinção entre combatentes e civis, e, no segundo, dado passos que enfraquecem essa distinção¹⁴⁹¹.

Também ainda hoje é de acompanhar a posição de que a perda do *status* de civil não se cinge apenas ao específico momento em que se está em contexto imediato de hostilidades. A ideia de “combatentes de noite” *não protegidos* e “agricultores de dia” *já protegidos* não deve ser aceite¹⁴⁹², pois isso levaria a uma situação assimétrica na qual as forças armadas oficiais seriam permanentemente objetivos militares legítimos mas não poderiam atacar o adversário da mesma forma, além de que não estaria de acordo com os princípios de justiça de reciprocidade do direito internacional humanitário que postulam direitos e deveres iguais para todas as partes do conflito¹⁴⁹³.

Por outro lado – e tendo em conta que o direito costumeiro exige que cada pessoa escolha por si própria, de forma não ambígua, a classe de pessoas a que prefere ser associada, combatente ou civil, e aja de acordo com tal escolha, o que é uma escolha livre mas cheia de significado¹⁴⁹⁴ –, a conclusão deve ser a de que, enquanto tal civil, que é um combatente de facto, *não se retirar definitiva e claramente* da participação nas hostilidades, *não beneficia da proteção garantida aos civis* e, mesmo depois dessa retirada, o risco de esta não ser apercebida pela parte contrária corre por conta de quem decidiu participar nas hostilidades¹⁴⁹⁵.

“Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, p. 30, acrescentando que o peso da autoridade aponta em sentido afirmativo.

¹⁴⁹⁰ Cf., também, relativamente a bombistas-suicida, SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, p. 32.

¹⁴⁹¹ Assim, relativamente a bombistas-suicida, SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, p. 32.

¹⁴⁹² DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 103. O CICV avança que, como o conceito de participação direta nas hostilidades se refere a atos hostis específicos, o direito internacional humanitário restaura a proteção de civis contra ataque direto de cada vez que o seu engajamento em atividades hostis termina. INTERPRETIVE GUIDANCE ON THE NOTION OF DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, ADOPTED BY THE ASSEMBLY OF THE INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS ON 26 FEBRUARY 2009, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 872, 2008, pp. 1034 a 1036. No mesmo sentido, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 481. Esta posição não parece ter apoio em prática estatal atual.

¹⁴⁹³ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, p. 158.

¹⁴⁹⁴ Assim, DINSTEIN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, p. 150.

¹⁴⁹⁵ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, pp. 157 a 159.

Por último há que referir a opinião de que as guerras no Afeganistão e no Iraque e a ‘guerra ao terrorismo’ obrigam a revisitar as noções de ‘participação direta nas hostilidades’ – na linguagem do PA-I ou de tomar uma ‘parte ativa nas hostilidades’ na linguagem do Artigo 3 Comum – especialmente as implicações para os civis do porte de armas, de atividades de informação e de deveres de guarda, de apoio logístico e político aos combatentes, de comités de defesa civil e de ataques de redes de computadores, e se tais atividades trazem consigo uma perda de imunidade dos civis ao ataque, a duração de uma tal perda de imunidade, o regime jurídico aplicável aquando da captura, o direito ao *status* de prisioneiro de guerra, e a exposição a processos judiciais penais e/ou internamento, questões – todas elas – sujeitas a aceso debate, ao ponto de que as respostas humanitárias – mas de certa forma simplistas – previstas pelo PA-I, podem ter de passar por algum refinamento à luz da prática estatal emergente¹⁴⁹⁶.

Em suma, os aldeões não só teriam perdido o *status* de civis protegidos, podendo ser atacados, como as suas condutas possivelmente poderiam ser consideradas como *traíçoiras* na forma de simulação do *status* de civil e, por conseguinte, não é de colocar de lado a hipótese de terem cometido crimes de guerra¹⁴⁹⁷.

2.1.3.6.3.4. Proteção às mulheres e civis como danos colaterais¹⁴⁹⁸

Quanto às mulheres mortas, a Primeira Câmara considerou que, se elas também tinham assistido a administração alemã, também teriam abusado do seu estatuto de civis, e então não existia uma base jurídica plausível em direito internacional para condenar o requerente por liderar a unidade responsável pela operação¹⁴⁹⁹ ou, alternativamente, caso tivessem sido mortas, como resultado de um abuso de autoridade – e tendo em conta todas as circunstâncias do caso – nem esse abuso, nem a operação em que ele possa ter ocorrido podem ser considerados como uma violação do *jus in bello*¹⁵⁰⁰.

De forma diferente – quanto à morte da senhora Krupniks – a Grande Câmara invocou um artigo do Código de Lieber (artigo 37) relativo aos deveres do ocupante para com os habitantes de território ocupado, em especial as mulheres, e a Convenção de Genebra de 1929, cujo artigo relativo às mulheres é relacionado com o seu tratamento enquanto prisioneiras de guerra.

¹⁴⁹⁶ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 88.

¹⁴⁹⁷ Cf., também, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 7.

¹⁴⁹⁸ Quanto à destruição de propriedade não se tecerá qualquer comentário, pois não há informação quanto à sua necessidade militar. Cf., mais em geral, sobre o ‘compelir obediência através da destruição’, e relativa permissibilidade de práticas de destruição de casas e política de terra queimada até às Convenções de Genebra de 1949, MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, pp. 117 a 121.

¹⁴⁹⁹ Assim, *Kononov I*, para. 139.

¹⁵⁰⁰ Assim, *Kononov I*, para. 140.

A Grande Câmara mencionou ainda o artigo 19 do Código de Lieber, que estabelece que os comandantes – sempre que possível – informam o inimigo da sua intenção de bombardear um lugar, para que os não-combatentes, e especialmente as mulheres e crianças, possam ser removidos antes de o bombardeio começar, mas que não é infração da lei comum da guerra a omissão de informação, pois a surpresa pode ser uma necessidade¹⁵⁰¹.

Enquanto os dois primeiros não têm aplicação direta para o caso (os *partisans* não eram os ocupantes e a mulher não era prisioneira de guerra), a (não) pertinência do último – relacionado com bombardeamentos – é a de sublinhar que o ‘ataque surpresa’ do pelotão de Kononov, mesmo tendo em conta uma ‘*in casu* imaginada’ especial proteção das mulheres, poderia ser justificado.

O tribunal optou por usar a cláusula – nascida de certo modo num contexto de enaltecimento da luta *partisan* contra o ocupante – para estender a proteção das mulheres ao acontecimento e, assim, considerar a existência de uma base jurídica plausível para uma condenação autónoma relativamente à morte da senhora Krupniks. Adicionalmente, e apesar de nenhuma das normas invocadas se referir a mulheres grávidas, o tribunal sublinhou este aspeto. Além de que, e apesar de não ser completamente claro no assunto, não parece ter afirmado que ela não podia ter sido atacada por estar grávida, mas que *não podia ser queimada até à morte por tal razão*, o que levantará uma outra questão.

Seja como for, dois pontos importantes. O primeiro para sublinhar que o tribunal não usou a cláusula para sustentar que era crime mas tão-só para afirmar a existência de *uma base jurídica plausível*. O segundo para concordar com o tribunal quando afirmou que as mulheres, e especialmente as mulheres grávidas, sempre foram consideradas privilegiadas à luz do direito da guerra¹⁵⁰².

Colocando-se agora a possibilidade de que algumas das mulheres, ou homens, mortos serem de facto civis protegidos, e sublinhando-se que os danos para civis que não participam diretamente nas hostilidades são um resultado lamentável mas não necessariamente ilegal do ataque a objetivos militares¹⁵⁰³, talvez seja instrutivo – não se esquecendo a incipiente lei relativa aos danos colaterais existente à altura nem a prática

¹⁵⁰¹ O tribunal referiu-se ainda às Convenções de Genebra de 1949.

¹⁵⁰² Cf., também, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 91 a 94. Ideia a ter em conta é também a de “o que é importante não é que a lei das armas tolerasse ultrajes (o que não acontecia), mas que nunca foi implementada efetivamente [...]”. Cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 111, citando comentário de Keen a propósito da Guerra dos Cem Anos e de certas *ordinances* de guerra. Mas talvez com alguma insegurança na defesa desta ideia cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 211 e 212.

¹⁵⁰³ Assim, PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification”, p. 66.

correspondente de inexistente precaução relativamente a estes¹⁵⁰⁴, mas localizando-se a questão já no presente – começar por salientar que, infelizmente, enquanto ocorrerem conflitos armados, os civis serão baixas inevitáveis e que regular as circunstâncias em que tais baixas têm lugar é mais construtivo do que declarar um princípio, totalmente ilusório, de proibição de toda e qualquer perda de civis¹⁵⁰⁵.

O artigo 51 (5) (b) PA-I proíbe ataques de que se possa esperar venham a causar incidentalmente perda de vidas humanas na população civil, ferimentos nas pessoas civis, danos nos bens de carácter civil ou uma combinação destas perdas e danos, que seriam *excessivos* relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada. Hoje pareceria assim pacífico que mesmo um alvo legítimo não pode ser atacado se o número de vítimas civis colaterais for desproporcional ao ganho militar específico do ataque¹⁵⁰⁶. De qualquer forma, há que ter em conta o, aparentemente mais permissivo, artigo 8 (2) (b) (iv) ETPI, que proíbe o “lançar intencionalmente um ataque, *sabendo* que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de carácter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem *claramente excessivos* em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa”¹⁵⁰⁷. No que diz respeito a esta disposição, há que referir, por uma lado, que a exigência de conhecimento foi adicionada para proteger os comandantes militares, que cometem erros honestos, de acusações de crimes de guerra e que, por outro lado, tanto a utilização do termo ‘global’ para definir os parâmetros do ataque em que a vantagem militar global é avaliada e a exigência do conhecimento são questões difíceis¹⁵⁰⁸.

Por outro lado, nos termos do artigo 49 (2) PA-I, as disposições do Protocolo sobre os ataques são aplicáveis a ataques indiscriminados, e ataques que violam o princípio da proporcionalidade, em qualquer que seja o território em que tiverem lugar, *incluindo o território nacional pertencente a uma Parte no conflito mas encontrando-se sob controlo de uma parte adversa*. Assim estariam incluídos também os ataques defensivos que podem afetar a população civil da própria parte que conduz o ataque, *o que contrastaria com a lei tradicional de guerra*, em que a regulamentação dos métodos de guerra era em grande parte restringida a proteger as pessoas e propriedade da parte adversa¹⁵⁰⁹.

Dispensa-se aqui uma explicação detalhada da relevância de todas estas informações e considerações hodiernas para o caso em análise, cabendo só o

¹⁵⁰⁴ Assim, PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification”, *passim* e, em especial, pp. 81 a 85, discutindo bombardeamentos aéreos durante a segunda guerra.

¹⁵⁰⁵ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, pp. 67 e 68.

¹⁵⁰⁶ Assim, *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Higgins, p. 587.

¹⁵⁰⁷ Itálicos adicionados.

¹⁵⁰⁸ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 68.

¹⁵⁰⁹ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 68.

apontamento de que não parece que, a existirem vítimas colaterais da operação em causa, isso pudesse configurar um crime de guerra autónomo quanto a elas não só à altura como ainda hoje à luz dos desenvolvimentos mencionados.

2.1.3.6.4. Conclusão

Os aldeões, no fundo, eram beligerantes não protegidos¹⁵¹⁰. O direito internacional, de alguma forma ainda bruto¹⁵¹¹, deliberadamente não os auxiliava em virtude do perigo que os seus atos apresentam para o oponente, o que leva a que os poderes de retaliação fossem amplos¹⁵¹². Um indivíduo que não fosse combatente e que praticasse conduta hostil não estava a violar o direito internacional, mas colocava-se numa situação em que não era, nem civil, nem combatente privilegiado, e portanto – não havendo que acordar um tempo e um lugar para o ataque¹⁵¹³ – estava no fundo, qual dramática redução de privilégios derivada de um “*risque du métier*”¹⁵¹⁴ que não é o seu, à mercê do beligerante.

Este, por um lado, poderia praticar atos de beligerância contra ele enquanto objetivo militar legítimo. No fundo, a necessidade militar permite todas as medidas que sejam indispensáveis para garantir os objetivos da guerra – que não sejam proibidas pela lei e costumes da guerra¹⁵¹⁵ – e compreende ataques intencionais às forças armadas inimigas e outros objetivos militares que permitem a um estado inimigo e às suas forças armadas empreender a guerra¹⁵¹⁶, incluindo, como não podia deixar de ser, a vantagem militar decorrente de atos que aumentem a segurança das forças armadas que levam a

¹⁵¹⁰ A distinção entre combatentes legítimos e não legítimos é o corolário da distinção cardinal entre combatentes e civis, sendo o objetivo supremo da primeira o suporte da segunda. Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 35.

¹⁵¹¹ OETER, STEFAN, “Is the Principle of Distinction Outdated?”, p. 60. Segundo, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, pp. 117 e 118, mesmo a jurisprudência pós-guerra não expandiu muito a interpretação dos civis protegidos à luz dos RH e os civis fora de território ocupado continuaram para além do seu alcance. Dos 15 artigos dos RH sobre a ‘Autoridade Militar sobre Território do Estado Inimigo’, só três se relacionam com a integridade física de civis. MERON, THEODOR, *The Making*, p. 21. Cf., também, artigo 16 do Código de Lieber e artigo 4 do Manual de Oxford; PLATTNER, DENISE, “Assistance to the Civilian Population: The Development and Present State of International Humanitarian Law”, 288 *International Review of the Red Cross*, 1992, p. 251.

¹⁵¹² Neste sentido, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, p. 343.

¹⁵¹³ Sobre este uso encorajado pelo costumeiro cavalheiresco, cf. MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 109.

¹⁵¹⁴ Cf. DINSTEIN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, pp. 148 e 151. O autor fala deste risco a propósito dos combatentes.

¹⁵¹⁵ Artigo 14 do Código de Lieber.

¹⁵¹⁶ Assim, PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification”, p. 87.

cabo o ataque¹⁵¹⁷. Por outro lado, não teria de lhe conceder um *status* especial aquando da captura, podendo lhe aplicar a pena de morte¹⁵¹⁸.

Numa nota mais processual, deve-se ainda anotar que a presunção como civil em caso de dúvida é entendida hoje como dirigida à conduta militar no campo de batalha, mas é ao procurador que cabe o ónus de provar que a pessoa atacada é de facto um civil¹⁵¹⁹. Num apontamento mais institucional, há que também destacar que a operação podia ser levada a cabo mesmo sem intervenção judicial prévia, pois as operações de guerra podiam – e podem – ser decididas dentro da cadeia hierárquica do exército. A ordem para matar, por exemplo, Hitler, certamente não era ilegal à altura, e ainda não o é hoje uma ordem semelhante. A ordem para matar Bin Laden, por exemplo, dada num contexto não tão claro de guerra, não foi recebida com protestos significativos¹⁵²⁰, o que é sinal de que este tipo de prática não é – nos dias que correm – proibida pelo direito costumeiro. Tal como não o era – e provavelmente ainda não o é – a ordem em guerra para usar força letal contra alguém que ponha um risco real para a vida das tropas, mesmo que seja um mero colaborador.

Enfim, o que é de sublinhar, não é tanto que não era claro se os aldeões poderiam ser considerados objetivos militares legítimos, mas mais que, provavelmente, à altura, era claro que o eram, não existindo neste aspeto uma *base jurídica plausível* para sustentar uma condenação criminal.

2.1.3.7. *Hors de combat* e materiais que causem sofrimento desnecessário

Sendo verdade, pelo menos no presente, que a perda do *status* de civil não significa uma perda de proteção humanitária internacional¹⁵²¹, afirma-se: que a operação foi por natureza seletiva e pouco diferente de muitas outras levadas a cabo pelos membros da resistência; que os *partisans* vermelhos em nenhum momento tiveram a intenção de atacar a aldeia de Mazie Bati

¹⁵¹⁷ Cf., sobre o termo “*vantagem militar definitiva*”, no contexto do artigo 52 (2) do PA-I, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 93.

¹⁵¹⁸ Assim, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, pp. 342 a 345. Por exemplo, segundo artigo 351 do US Field Manual de 1940 – apesar de os beligerantes não autorizados não terem o direito de ser tratados como prisioneiros de guerra – já se capturados, não podiam ser condenados à morte, ou de outra forma punidos sumariamente, mas poderiam ser levados a julgamento perante uma comissão militar ou outro tribunal, que os poderiam condenar à morte ou a qualquer outra punição que se considerasse adequada.

¹⁵¹⁹ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Blaskić*, 19 Julho de 2004, para. 111.

¹⁵²⁰ De acordo com http://en.wikipedia.org/wiki/Reactions_to_the_death_of_Osama_bin_Laden (acedida em 02/12/2015) a operação foi condenada pela administração do Hamas na Faixa de Gaza, pela Irmandade Muçulmana e pelos Taliban e várias ONGs exprimiram preocupações com as circunstâncias envolvendo a operação.

¹⁵²¹ Como arguido pelo governo letão. Cf. *Kononov II*, para. 153.

em si, por exemplo, com o objetivo de eliminar todos os seus habitantes e queimar edifícios; que só os executaram depois de terem encontrado as armas fornecidas pelos alemães¹⁵²².

A forma como a Grande Câmara encarou a questão também parece ter sido a da existência de uma execução sumária¹⁵²³. Ou, sob uma formulação idêntica, os aldeões *estavam já fora de combate*.

“[I]l est notamment interdit [...] de tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n’ayant plus les moyens de se défendre, s’est rendu à discrétion” (artigo 23 (c) RH).

Talvez de vida não muito antiga¹⁵²⁴, o *hors de combat* é conceito com relevância em circunstâncias em que os soldados se rendem¹⁵²⁵, estão feridos ou não mantêm resistência e, então, não se os pode matar ou ferir mas tão-somente capturar. Talvez se possa dizer que a regra aqui em causa tem um significado autónomo relativamente a outras regras pois protege as pessoas no estado intermédio entre o *status* de combatente e o *status* seguro de prisioneiro de guerra¹⁵²⁶.

Na versão do artigo 41 PA-I está *hors de combat* toda a pessoa que: estiver em poder de uma parte adversa; exprimir claramente a intenção de se render; ou tiver perdido os sentidos ou esteja por qualquer outra forma em estado de incapacidade devido a ferimentos ou doença e, conseqüentemente, incapaz de se defender, desde que, em qualquer caso, se abstenha de atos de hostilidade e não tente evadir-se.

A Grande Câmara alude à incapacidade de defesa derivada da não posse de armas e à desnecessidade tanto de um *status* jurídico especial como de rendição formal. Por outro lado, aquando da descrição dos factos considerados como provados pelos tribunais letões – e aceites pelo tribunal – considerou que nenhum dos moradores mortos tinha tentado escapar ou oferecido qualquer forma de resistência aos *partisans* e que, antes de serem mortos, todos estavam desarmados, sem resistir, e sob o controle da

¹⁵²² Estas informações em *Kononov I*, para. 132

¹⁵²³ Cf. SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 48 considerando que o tribunal apoiou a condenação por execução sumária.

¹⁵²⁴ Homero não aludia à possibilidade de que poderia ser errado matar um guerreiro desarmado. MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 81; MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, pp. 151 e 152. Mas cf., também, MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, pp. 168 a 171.

¹⁵²⁵ Render significa cessar de lutar e dar-se ao poder do adversário, não resistindo à captura, e pode a intenção de se render, em terra, ser transmitida por depor as armas e levantar as mãos. Assim, DINSTEN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 161.

¹⁵²⁶ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 434, marg. 1145.

unidade de Kononov¹⁵²⁷. O que reforça a ideia de que o tribunal supõe que eles estavam *hors combat*. Em suma, a ideia é a de que de não se podia matar ou ferir um inimigo que tendo deposto as armas ou não tendo mais meios de se defender se haja rendido, e esteja à discrição¹⁵²⁸.

De referir que, apesar de não existir o dever de captura e de, em princípio, não ter de se dar uma oportunidade para a rendição antes de proceder ao ataque¹⁵²⁹, depois de o ato de rendição ter lugar, ou de o controlo estar assumido, uma “drástica” mudança na situação jurídica ocorre¹⁵³⁰ e já não se o pode levar a cabo¹⁵³¹. É devido quartel. E daí que – caso não se considerasse o caso como uma punição admissível ou represália legítima¹⁵³² – a hipótese de os aldeões estarem *hors combat* teria que ser analisada.

O *status* de *hors de combat* está pensado para combatentes enquanto beligerantes legítimos¹⁵³³ e a sua eventual extensão a pessoas com outros *status*¹⁵³⁴, por exemplo, civis que participa(ra)m nas hostilidades – em atenção ao “princípio de que cada pessoa detida com vida e suspeita de ter cometido crimes tem direito a ser julgada antes de ser executada”, princípio previsto no artigo 30 RH relativo a espões e que *estaria implícito na cláusula* relativamente a outras pessoas, embora *talvez fosse desculpável* recusar quartel em combate a pessoas que não tivessem o *status* de combatente legítimo¹⁵³⁵ – exigiria explicações adicionais que não foram avançadas pelo tribunal. Por outras palavras, ao se perspetivar a situação como um ataque de guerra – e apesar de haver na situação fáctica a aparência de uma violação de conduta exigida a soldados *durante bello* – é muito problemático, mesmo tendo em consideração que a obrigação de dar quartel se tornou entretanto uma norma fundamental relativamente à

¹⁵²⁷ Cf. *Kononov II*, para. 191. Nos factos dados como provados pelos tribunais letões também constava, por exemplo, que Modests Krupniks implorou que não o matassem à frente de seus filhos (para. 17).

¹⁵²⁸ Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 433 e 434, marg. 1143.

¹⁵²⁹ Assim, SCHAACK, BETH, “The Killing of Osama Bin Laden & Anwar Al-Aulaqi: Uncharted Legal Territory”, p. 33.

¹⁵³⁰ Assim, DINSTEIN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, p. 148.

¹⁵³¹ Em ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Strugar*, para. 175, o tribunal recordou que quem está em poder da parte adversária não está a participar ativamente nas hostilidades. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 432, n. 279.

¹⁵³² Cf. *infra* Parte IV, 2.1.3.8. e 2.1.3.9.

¹⁵³³ Cf., ainda, artigo 1 da Convenção para o Melhoramento da Condição de Feridos e Doentes em Exércitos no Campo (Convenção de Genebra de 1906) e artigo 1 da Convenção para o Melhoramento da Condição de Feridos e Doentes em Exércitos no Campo (Convenção de Genebra de 1929), que se referem ao *status* de prisioneiros de guerra relativamente a oficiais, soldados e pessoas oficialmente ligadas às forças armadas. DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 34, avança que a expressão *hors combat* não abrange civis pois só os combatentes podem ficar *hors combat*.

¹⁵³⁴ Ou mesmo, nas palavras da Grande Câmara, sem um *status* especial.

¹⁵³⁵ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 191 e 192. Cabe acentuar a insegurança do autor expressa pelos itálicos.

qual não são permitidas exceções ou derrogações¹⁵³⁶, concluir pela criminalidade da conduta pois os aldeões não eram nem ‘puros inimigos’ nem, com relevo específico para este momento da análise, soldados. Mesmo tomando os princípios de humanidade como obrigações jurídicas de piedade¹⁵³⁷, estender a obrigação de dar quartel a esta situação exigiria exercício jurídico complexo.

Talvez devido à influência medieval cavalheiresca – em que aristocratas tinham cuidado para não serem apanhados em batalha por comuns, dos quais não esperavam misericórdia, e vice-versa, não sendo ainda entre tropas comuns ela esperada¹⁵³⁸ –, há que ter bem presente que as leis e costumes da guerra tinham, e continuam a ter, embora já menos, muito de *status*¹⁵³⁹. Exceto em casos excepcionais, se não se tivesse um determinado *status*, não se poderia esperar mais do que por sorte.

Enfim, sem explicação das eventuais razões pelas quais seria devido quartel, nem crime, nem base jurídica plausível. A não ser que para afirmar a existência da última se julgue suficiente a mera consideração de que os aldeões eram inimigos.

Já quanto à senhora Krupniks, e se se considerar que as leis e costumes de guerra já continham à altura uma especial proteção para mulheres grávidas – tendo de se lhes dar quartel *independentemente de elas serem combatentes legítimas, civis ou combatentes ilegítimas*, o que é duvidoso pois assim as leis da guerra ganhavam um âmbito de aplicação ‘anormal’ – então, e caso não se verificassem preenchidos os requisitos para qualificar a situação como punição admissível ou represália legítima, teria sido cometido um crime de guerra relativamente a ela.

Por outro lado, resulta dos factos dados como provados pelos tribunais letões que houve utilização de um meio, o queimar até à morte, que se pode sugerir ser ‘calculado’ para causar sofrimento não necessário, o que poderia levar o tribunal – na esteira das suas ‘interpretações como guardião de uma base jurídica plausível’ – a aventar possíveis condenações por violação do artigo 23 (e) RH daqueles que levaram a cabo tal ato.

¹⁵³⁶ Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 213.

¹⁵³⁷ Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 216.

¹⁵³⁸ Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 119.

¹⁵³⁹ Sobre rebeldes, traidores e sua desproteção e distinção entre culpados e inocentes, na época medieval e escritores clássicos (distinção que tem muito em comum com a “distinção ativa” entre combatentes e civis inocentes característica do direito da guerra moderno), cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 191 a 207.

“[I]l est notamment interdit [...] d’employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus” (artigo 23 (e) RH).

As proibições em causa nos artigos 23 (c) e (e) podem ser rastreadas, por exemplo, à Declaração Renunciando ao Uso em Tempo de Guerra de Projéteis Explosivos Abaixo de 400 Gramas – primeiro acordo formal proibindo o uso de certas armas em guerra¹⁵⁴⁰ – que relembra no seu preâmbulo três princípios fundamentais das leis e costumes de guerra: o *único objetivo* legítimo durante a guerra é enfraquecer as forças militares do inimigo; há *um limite* aos meios que podem ser utilizados contra forças inimigas; as leis e costumes de guerra *não admitem violência contra aqueles hors combat*. Ainda deve ser feita referência aos três interdependentes ‘Princípios Básicos’ da necessidade militar, humanidade e cavalheirismo que o *US Field Manual* de 1940 considerava como pertencentes às regras não escritas das leis da guerra, que servem de *fundação* a todas as outras regras ou leis da guerra civilizada – escritas ou não escritas – e de *guia geral* quando uma regra mais específica não se aplique. O primeiro, sujeito ao segundo e terceiro, estabelecia que um beligerante tem justificação para aplicar qualquer quantidade de força para compelir à completa submissão do inimigo com o mínimo dispêndio de tempo, vidas e dinheiro. O princípio da humanidade proibia o emprego de qualquer tipo ou nível de violência que *não fosse necessário* para o propósito da guerra. O último denuncia e proíbe o recurso a *meios, expedientes ou conduta desonrosos*.

Certamente que o queimar até à morte *in casu* dificilmente se pode considerar compatível com o espírito destes preâmbulos. Em *Nuclear Weapons*, afirmou-se que as armas que agravem inutilmente o sofrimento dos combatentes são proibidas – sendo teste o de se causam um dano maior do que o inevitável para atingir objetivos militares legítimos¹⁵⁴¹ – e o juiz Shahabuddeen perguntou-se se a proibição costumeira de danos supérfluos ou sofrimento desnecessário não se aplicaria a civis¹⁵⁴²: “Poder-se-ia dizer que a substância do princípio do sofrimento desnecessário opera em benefício dos civis por intermédio de outros princípios, tal como o que proíbe ataques indiscriminados, mas que o princípio em si não funciona em relação a eles”¹⁵⁴³.

2.1.3.8. A traição dos aldeões e a sua punição

2.1.3.8.1. Os letões enquanto soviéticos

Os aldeões teriam também ‘atraído’ os seus ‘compatriotas’.

¹⁵⁴⁰ DECLARATION A L'EFFET D'INTERDIRE L'USAGE DE CERTAINS PROJECTILES EN TEMPS DE GUERRE, Saint Petersburg, 11 de Dezembro 1868. Cf., também, *Kononov II*, para. 78.

¹⁵⁴¹ *Nuclear Weapons*, para. 78.

¹⁵⁴² Cf. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 153, avançando ainda que a cláusula pode ser lida como exigindo que as pessoas que caíam fora da proteção formal da lei têm de ser tratadas de acordo com os princípios da humanidade e os ditames da consciência pública. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 155

¹⁵⁴³ *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 404.

Antes do surgimento de um direito distinto sobre a ocupação beligerante, durante a segunda metade do século XVIII e o início do século XIX, o território inimigo ocupado pelas forças armadas tornava-se imediatamente parte do território do estado ocupante, sendo a fidelidade incondicional dos habitantes exigida pelo ocupante e, embora temporária, era contrapartida própria do dever de proteção que lhe cabia¹⁵⁴⁴. Tanto a traição de guerra como a rebelião de guerra eram fundadas na convicção de que a população de um território ocupado devia fidelidade ao poder ocupante e de que a rebelião constituía uma infração moral ou uma violação do direito internacional¹⁵⁴⁵.

Mas em pleno século XX, o enquadramento já era diferente. Em princípio – sem resolver o problema do *status* jurídico da Letónia –, e não esquecendo que traidores e rebeldes dificilmente se poderiam considerar sob a proteção do direito de Haia e Genebra anterior a 1949, os aldeões não teriam perdido a ‘nacionalidade soviética’ e, portanto, os alemães não os podiam obrigar a tomar parte em quaisquer operações de guerra dirigidas contra os soviéticos (artigo 23 RH último parágrafo) ou a lhes prestar qualquer dever de fidelidade (artigo 45 RH)¹⁵⁴⁶. Estas proibições não impediam os aldeões de voluntariamente colaborarem com os alemães¹⁵⁴⁷, mas como se disse em *Kononov I* – não sem antes se fazer um juízo moral infeliz sobre as atitudes pró-nazis dos aldeões¹⁵⁴⁸ – eles teriam de saber que, ao alinharem com um dos beligerantes, expor-se-iam ao risco de ‘represálias’ pelo outro¹⁵⁴⁹. Claro que se colaborassem com os soviéticos, o anterior ‘outro ocupante’, o Código Militar alemão de 1872 qualificaria os

¹⁵⁴⁴ Assim, BAXTER, RICHARD, “The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant”, 27 *British Yearbook of International Law* 235, 1950, p. 236 a 238. Cf., também LIEBER, FRANCIS, *Guerrilla parties*, p. 14.

¹⁵⁴⁵ Assim, MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, p. 206.

¹⁵⁴⁶ Já quanto à obrigação prevista no artigo 44 RH (obrigação de não forçar os habitantes de território ocupado a fornecer qualquer informação, neste caso, sobre o exército soviético) existiu, na conferência de 1907, uma polémica a propósito do uso de guias. Cf. HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, pp. 265 a 269 e 272, que – apesar de considerar que o artigo 44 não pode ser considerado como regra universal de direito internacional, em resultado da oposição de várias importantes potências militares – sustenta que, mesmo os países que expressamente recusaram aceitar o artigo, estão obrigados, em virtude dos outros artigos dos regulamentos, a não forçar os habitantes de um território inimigo invadido a agir como guias para os seus exércitos.

¹⁵⁴⁷ A legalidade do alistamento voluntário de pessoas para lutar contra o seu próprio país foi confirmada no caso conhecido por *Ministries Trial*. Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 55.

¹⁵⁴⁸ Sobre a situação da população letã à altura, ŽILINSKAS, JUSTINAS, “Kononov Case and the Baltic States”, *Jurisprudence* 18(3), 2011, pp. 859–870.

¹⁵⁴⁹ *Kononov I*, para. 130

seus atos de alta traição¹⁵⁵⁰, não sendo de espantar que, assim, os ‘letões’ fossem apanhados no meio do imbróglio jurídico¹⁵⁵¹.

De qualquer forma, e apesar de a traição – ao contrário do que o tribunal afirmou, certamente influenciado por algum nevoeiro sobre o assunto¹⁵⁵² – não ser uma violação do *jus in bello*, o que é facto é que, pelo menos aos olhos da estrutura militar soviética, não havia razão para duvidar de que, sendo real a sua colaboração com os alemães no incidente Chugunov, os aldeões seriam culpados de um crime de traição.

Segundo o Supremo Tribunal da Noruega o soberano deposto pode adotar medidas criminais no que diz respeito à conduta dos seus nacionais durante a ocupação, especialmente no que à traição diz respeito¹⁵⁵³. Possivelmente, uma dessas medidas podia ser a de que os colaboradores culpados de traição, e que estivessem em território ocupado pelo inimigo, seriam sujeitos a julgamento (independente, justo e imparcial) *in absentia* e, se considerados culpados e condenados à morte, executados em operação conduzida para tal (incluindo eventualmente mulheres grávidas). A ideia de que existia um dever de os capturar e lhes dar oportunidade de julgamento justo em presença para só depois impor a pena de morte é tanto mais duvidosa (tal como possivelmente a ideia de que se teria que esperar, relativamente à senhora Krupniks, pelo parto, com consequentes complicações para a operação em causa) – apesar de possivelmente já aventada¹⁵⁵⁴ – quanto a possibilidade de imposição desta em casos de beligerância não privilegiada é um “parente jurídico” de uma morte em batalha¹⁵⁵⁵.

Enfim, e apesar do *status* criminoso, à luz do direito internacional, da privação de garantias judiciais elementares ter sido reconhecido em vários julgamentos no pós-Segunda Guerra¹⁵⁵⁶, não parece que as leis da guerra proibissem à altura a específica hipótese aqui em

¹⁵⁵⁰ BAXTER, RICHARD, “The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant”, p. 248.

¹⁵⁵¹ Aqui há que referir que a ‘dupla ocupação’ a que foi sujeita a Letónia esbate os normais deveres de fidelidade que seriam importantes para uma correta análise do direito da guerra a aplicar à altura. Sobre a necessidade hodierna de (não) aplicar o teste da nacionalidade para determinar o *status* de pessoa protegida, especialmente em situações de sucessões estatais violentas, cf. MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, p. 257 a 260. Cf. ainda, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON/BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 90.

¹⁵⁵² GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 71 chama a atenção para que muitos dos exemplos de crimes contra as leis e costumes de guerra vêm de espíões e sabotadores.

¹⁵⁵³ Cf. DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 109.

¹⁵⁵⁴ No Congresso Militar Ibero-Americano, em 1892, elaborou-se um projeto de codificação do direito da guerra em que constava a proibição de condenar civis à morte numa zona de guerra a não ser de acordo com a lei penal. Cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 56, n. 1. Esta disposição, aparentemente pensada para a relação ocupante-ocupado, parece fazer depender uma violação do direito da guerra da lei penal nacional, o que em *Kononov* significaria que uma violação do direito da guerra dependeria de uma inexistência de base jurídica no direito penal soviético para uma condenação *in absentia*.

¹⁵⁵⁵ Esta última ideia em BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction”, p. 71.

¹⁵⁵⁶ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 451, marg. 1205.

análise¹⁵⁵⁷, o que poderia conduzir à conclusão de que toda operação deveria ser analisada somente à luz do direito soviético.

2.1.3.8.2. Punição solidária

“*Aucune peine collective, pécuniaire ou autre, ne pourra être édictée contre les populations à raison de faits individuels dont elles ne pourraient être considérées comme solidairement responsables*” (artigo 50 RH).

A Grande Câmara – ao contrário da Primeira Câmara – não mencionou o artigo 50 RH, provavelmente porque o território estava ‘ocupado’ pela Alemanha, e ‘não já’ pela URSS, ou talvez porque originalmente o artigo estaria pensado para penas pecuniárias¹⁵⁵⁸ ou porque hoje em dia a punição coletiva já não é possível relativamente a civis protegidos pela CG IV¹⁵⁵⁹. Além de que, tendo o tribunal considerado que a área era palco de hostilidades, talvez tivesse arrazoado que não se poderiam aplicar os artigos relativos a um território ocupado¹⁵⁶⁰.

O tribunal não se preocupou muito com uma aplicação literal dos artigos dos RH noutros aspetos¹⁵⁶¹ – e certamente que os argumentos de similitude em processos penais terão de ser usados com mais cuidado *contra reum* do que a seu favor – sendo por isso pertinente, *na lógica do tribunal*, chamar para a discussão o artigo 50.

Se a punição de alguém por atos de outrem parece hoje um conceito ultrapassado – corolário de entendimentos modernos em relação ao Estado de Direito, à responsabilidade individual do agente e à rejeição da arbitrariedade na escolha de quem é que se vai punir, o que, por conseguinte, postula que as punições são individuais, e não fundadas meramente em culpa por associação ou impostas coletivamente na família, aldeia ou grupo religioso¹⁵⁶² –, o que é facto é que o que decorre do artigo é que

¹⁵⁵⁷ Mas cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 198, n. 29. Apesar de só se referir a instrumentos pós-Segunda Guerra, o autor, aparentemente, considera que já ao tempo da Segunda Guerra se exigiria uma estrita aplicação de garantias judiciais tanto em conflitos internacionais como internos. As considerações do autor são feitas relativamente à *Nazi Barbarossa Jurisdiction Order* de 1941, que estabelecia um ‘tratamento implacável’ para com *franc-tireurs* e civis inimigos que atacassem as tropas alemãs.

¹⁵⁵⁸ Assim, DINSTEN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 154.

¹⁵⁵⁹ Artigo 33, parágrafo 1 CG IV. Cf., ainda artigo 75 (d) PA-I e 4 (2) b PA-II.

¹⁵⁶⁰ As situações de ocupação militar são algo como uma categoria *sui generis*, uma subcategoria do direito dos conflitos armados internacionais, em que não é necessário que as hostilidades estejam a ocorrer para o direito internacional humanitário se aplicar. Cf. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 84.

¹⁵⁶¹ Cf., por exemplo, *supra* Parte IV, 2.1.3.6.2.3.1.

¹⁵⁶² Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 17.

nenhuma pena coletiva pode ser infligida contra as populações por atos de indivíduos *pelos quais elas não possam ser consideradas como solidariamente responsáveis*.

Com ligação próxima a necessidades militares – não se limitando a multas pecuniárias, exibindo um conceito mais ou menos fictício de responsabilidade de grupo atribuído à população enquanto coletividade e sem indicação de que pessoas estão isentas de ser mortas por meio de punição coletiva¹⁵⁶³ –, o artigo aponta claramente para a possibilidade de punição por atos da população pelos quais ela possa ser considerada coletivamente responsável. O propósito punitivo em causa certamente que não exclui um possível efeito dissuasor, sendo comum nestes casos falar de *quasi-represálias*, cujo fundamento só se poderia buscar no princípio da necessidade militar¹⁵⁶⁴.

A questão aqui não seria em que circunstâncias é que seria permitido punir membros da população que fossem responsáveis por atos de colaboração com o inimigo (responsabilidade pessoal), mas em que circunstâncias é que seria permitido punir membros da população que não fossem pessoalmente responsáveis por atos de colaboração de outros membros da população (a tal responsabilidade solidária), não podendo esta última “responsabilidade passiva” se considerar aplicável apenas a pessoas que tivessem conhecimento do ato e que o pudessem ter prevenido, pois assim a noção aproximar-se-ia demasiado do conceito ordinário de responsabilidade em direito criminal¹⁵⁶⁵.

Talvez a melhor caracterização fosse a de uma forma de responsabilidade excecional – que não é verdadeira responsabilidade no sentido normal do termo – por atos cuja real responsabilidade é de outros, ainda não conhecidos, mas que têm algum ponto de contato com as pessoas ou grupo objeto da punição para além do mero facto de serem pessoas que vivem ou estão em território ocupado¹⁵⁶⁶.

A se considerar aplicável ao caso a lógica do artigo 50, por uma maioria de razão ‘esquisita’ (por exemplo, se um ocupante pode em certos casos punir a população por atos pelos quais ela é coletivamente responsável, também o beligerante poderia punir uma população em território ocupado pelo inimigo por atos de traição cometidos por alguns dos seus membros) – e numa altura em que uma possível retaliação contra pessoas inocentes, estando muito perto de ser proibida de acordo com a tendência

¹⁵⁶³ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 57, 254, 365 e 366.

¹⁵⁶⁴ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 38 a 40.

¹⁵⁶⁵ Este parágrafo em KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 252 a 254, apontando que em *Rauter* foi assim, no entanto, que o tribunal olhou para o artigo em causa.

¹⁵⁶⁶ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 331.

prevalecente ao tempo, exigiria uma avaliação cuidadosamente ponderada¹⁵⁶⁷ –, parece ser de afirmar que a punição *in casu*, nem parece não ter sido assim sopesada, pois as pessoas objeto da punição decretada pelo tribunal *partisan* seriam supostamente as responsáveis pelo incidente Chugunov, nem parece ter sido desproporcionada. Não se podendo – desde logo por idênticas razões – afirmar aqui uma total arbitrariedade eventualmente punível diretamente a partir da cláusula.

Enfim, não se encontraram indícios de que a punição coletiva decretada *in absentia* fosse – nas circunstâncias particulares do caso e assumindo-se que houve preocupação com a identificação dos culpados – ilegal à época.

Colocando a questão de uma outra forma: se o direito da guerra permitia a um ocupante punir a população que, no fundo, é inocente ‘da forma solidária’ imbuída no artigo 50 então seria difícil ver como é que impediria a punição em causa em *Kononov*.

2.1.3.8.3. Conclusão

Apesar de se poder, com alguma imaginação, aventar se cláusula não poderia impor *per se* – para além daqueles casos extremos – uma incipiente proteção para aqueles que lutam contra o invasor-ocupante, a qual, por hipótese remota e interpretação extremadamente liberal, se poderia estender ao caso dos ‘aldeões’ – que, assim, se não fossem um objetivo militar legítimo, não poderiam ser atacados letalmente mas tão-só capturados – o que é facto é que os socorros avançados de direitos humanos para aqueles¹⁵⁶⁸ e, por maioria de razão, para colaboradores com os inimigos apanhados na situação dos ‘letões’, não parece que estivessem em existência incontroversa à altura da Segunda Guerra¹⁵⁶⁹ e, portanto, não era claro que a ‘expedição punitiva’ aqui em análise não pudesse ter lugar.

¹⁵⁶⁷ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 210.

¹⁵⁶⁸ Em *Hostages*, p. 1290, o tribunal teria reconhecido que os partisans, tal como os espões, não podem ser punidos sem julgamento. Cf., também, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, p. 336. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, pp. 127 e 128, sustenta que a decisão em *Hostages* não deve ser vista como permitindo execução extrajudicial e refere-se a uma opinião de que a jurisprudência de Nuremberga uniformemente considerou que os *partisans* capturados tinham direito a um processo judicial justo para determinar se eram, de facto, combatentes ilegítimos. De acordo com BAXTER, RICHARD, “The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant”, p. 264, segundo o direito comum da guerra – e já no contexto das novas convenções de Genebra de 1949 – e por analogia com a lei nacional, um ocupante deve ter o privilégio, em casos de resistência coletiva, guerra de guerrilha ou sabotagem, de ferir ou matar indivíduos que resistam a detenção, mas se os malfeitores forem tomados como prisioneiros *parece* que se lhes deve ser concedido julgamento e processo justo reconhecido por aqueles direito e instrumento.

¹⁵⁶⁹ O direito do conflito armado não lida com todos os aspetos do conflito armado. Por exemplo, a execução sumária de desertores do exército de uma parte beligerante é regulada, hoje, pelo direito dos direitos humanos. DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 25

Recorde-se, por último, que o tribunal usou a cláusula para sustentar que existia *uma base jurídica plausível* para a condenação por um crime de guerra relativamente ao homicídio da senhora Krupniks. Talvez se possa dizer o seguinte: partindo do princípio de que a lei da guerra não proibia que o soberano deposite ordenasse a execução de traidores, incluindo ‘mulheres grávidas traidoras’, a existência desta base em confronto com o caso concreto só se poderia afirmar caso o quadro fático sob que recaía a decisão ser o da mulher não figurar na lista dos culpados pela traição, situação em que a combinação entre o seu sexo e a sua gravidez constituiria facto claramente suficiente para direccionar a conduta dos *partisans* no sentido da existência de uma obrigação de a poupar.

Por outro lado, com toda a certeza se pode afirmar que, se ela não constasse da lista, e independentemente da consideração do comportamento em causa como violação do direito da guerra com eventuais consequências criminais, ele provavelmente consubstanciaria um homicídio à luz do direito soviético, caso em que não existiria nenhum problema, do lado do *nullum crimen*, em punir Kononov por tal facto se se lhe fosse possível atribuir tal morte à luz das regras da comparticipação do direito penal soviético à altura dos factos.

2.1.3.9. A questão das represálias

2.1.3.9.1. Introdução

A Grande Câmara parece ter admitido que se poderia tratar de uma represália. Contudo preferiu não questionar a decisão dos tribunais letões de a considerar como represália ilegítima. Tendo em conta que todos os tribunais enquadraram o, ou pelo menos falaram do, caso em relação com a questão das represálias deixam-se aqui algumas reflexões, ainda que de forma perfunctória, sobre a matéria.

Por outro lado, do lado do recorrente e da Rússia, o pleito de represália não parece ter sido levado às últimas consequências. Talvez pela sua complexidade, ou se calhar pela admissão de ilegalidade da operação que tal pleito envolveria, ou porque sendo as represálias atos de um estado contra o outro, seria difícil explicar como é que um ato de soviéticos contra ‘soviéticos’ poderia constituir um ato contra a Alemanha. Há que sublinhar este último aspeto e que o ligar à observação de que qualquer relutância a nível estatal na invocação de tal instituto, não pode fazer esquecer que o que está em causa é a responsabilidade criminal de um indivíduo e que portanto a elucidação, em processos penais, sobre a possibilidade de existência de qualquer

causa que possa excluir a sua responsabilidade deve preferir sobre qualquer prurido resultante de outras considerações.

Independentemente das razões que levaram à debilidade identificada, o que é facto é que a razão que levou à operação em causa possivelmente constituiu uma violação do direito da guerra, caso em que a retaliação, acompanhada de violação das leis e costumes de guerra, poderia constituir represália legítima.

2.1.3.9.2. As represálias à época do caso Hostages

2.1.3.9.2.1. A admissibilidade de represálias

Apesar da controvérsia quanto à informação empírica, a intuição é a de que o espectro de uma retaliação é o supremo meio de dissuasão contra violações do direito do conflito armado¹⁵⁷⁰. Constituído este por normas adotadas em tempo de paz e cujo respeito poderá ser oneroso durante a guerra, o seu cumprimento *durante bello* pode-se ligar à consciência de que qualquer desvio provavelmente implicará retaliação dolorosa¹⁵⁷¹.

Com lugar em todas as ordens jurídicas primitivas¹⁵⁷² e reconhecido em geral como um assunto difícil em direito internacional¹⁵⁷³, o problema das represálias – retorsões igualmente ilegais para forçar o adversário a corrigir os seus avanços com a mesma característica¹⁵⁷⁴ – surge como ainda mais complexo quando já em guerra¹⁵⁷⁵. A questão surge quando um beligerante viola as regras da guerra e os outros beligerantes retaliam com o objetivo de fazer cessar tais violações, consistindo a dúvida, então, na determinação do alcance e da natureza dos atos que a parte que retalia pode levar a cabo¹⁵⁷⁶. E emergindo a questão paradoxal – ligada à perplexidade relativamente à possibilidade de afastamento de tais normas marginais – do “quão longe se pode ir em usar a inumanidade” para fazer respeitar os interesses da humanidade¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁰ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 254.

¹⁵⁷¹ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 254.

¹⁵⁷² Cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 1.

¹⁵⁷³ *Law Reports VIII, passim*.

¹⁵⁷⁴ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. xvii.

¹⁵⁷⁵ *Law Reports VIII, passim*.

¹⁵⁷⁶ Assim, *Law Reports VIII*, p. 28.

¹⁵⁷⁷ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. xvii e xviii.

As represálias são um meio de forçar o inimigo a cumprir com as leis da guerra e uma medida de ‘ajuda ao próprio’¹⁵⁷⁸ e não um meio de punição ou vingança arbitrária¹⁵⁷⁹.

Dando a oportunidade a um beligerante de violar uma regra do direito da guerra com impunidade¹⁵⁸⁰, as represálias podem ser infligidas se forem proporcionadas¹⁵⁸¹ não devendo os atos realizados por meio delas ser excessivos e não podendo exceder o grau de infração cometida pelo inimigo¹⁵⁸².

Apesar de a punição coletiva da população ser proibida por atos de indivíduos pelos quais ela não pode ser considerada como coletivamente responsável, defendia-se que poderia ser necessário recorrer a represálias contra uma localidade ou comunidade por alguns atos cometidos pelos seus habitantes ou membros que não podem ser identificados¹⁵⁸³. Avançava-se assim que – nos casos em que o verdadeiro agressor não poderia ser alcançado ou identificado – recorrer-se-ia por vezes a represálias contra pessoas que não são culpadas de qualquer delito e que sofrem pelos atos de outras pessoas, uma “medida em si mesma repugnante para a justiça” e que, portanto, deveria ser utilizada apenas em casos de absoluta necessidade e sujeita a certas restrições¹⁵⁸⁴.

As represálias são admissíveis relativamente a todo e qualquer ato de guerra ilegítima¹⁵⁸⁵, contra atos de governos ou de indivíduos, podendo os atos ilegítimos ter sido cometidos por um governo, pelos comandantes militares ou por alguma pessoa ou pessoas que seja obviamente impossível deter, julgar e punir¹⁵⁸⁶.

Se um ato de guerra ilegítimo foi cometido, cabe à parte lesada considerar se deve recorrer a represálias de imediato ou só depois de uma queixa ao inimigo¹⁵⁸⁷ e a que tipo de atos deve recorrer¹⁵⁸⁸.

Como exemplos mencionavam-se um incidente na Guerra Franco-Alemã de 1870 a 1871 de prisão de 40 pessoas como represália por prisão ilegal de 40 pessoas e de destruição de

¹⁵⁷⁸ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 367.

¹⁵⁷⁹ Assim, *British Manual of Military Law*, 1914, para. 452 *apud Law Reports VIII*, p. 3.

¹⁵⁸⁰ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 367.

¹⁵⁸¹ Assim, *Nuclear Weapons*, para. 46.

¹⁵⁸² *British Manual of Military Law*, para. 459 *apud Law reports VIII*, pp. 5 e 6.

¹⁵⁸³ Assim, *British Manual of Military Law*, para. 458 *apud Law reports VIII*, p. 4.

¹⁵⁸⁴ Assim, HALL, W. E., *Treatise on International Law*, by Higgins, 8.^a Edição, 1924, *apud Law Reports VIII*, p. 3.

¹⁵⁸⁵ Assim, *Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersh Lauterpacht (ed.), vol. II, 8.^a edição, para. 248, *apud Law reports VIII*, p. 4.

¹⁵⁸⁶ Assim, *British Manual of Military Law*, para. 453, *apud Law reports VIII*, p. 4 e 5.

¹⁵⁸⁷ Assim, *Law reports VIII*, p. 3.

¹⁵⁸⁸ Assim, *British Manual of Military Law*, para. 459, *apud Law reports VIII*, p. 5 e 6.

propriedade como represália por destruição ilegal de propriedade pelo inimigo¹⁵⁸⁹, adiantando-se ainda que os manuais de guerra só se referiam a destruição de propriedade¹⁵⁹⁰.

E referia-se um outro caso (*General von Mackensen and General Maelzer*), em não se poderia dizer com certeza se o tribunal considerou que as represálias não eram razoáveis (ou seja, as mortes não se justificavam), se eram excessivas (ou seja, um coeficiente de 10 para 1 não se justificava), ou se os acusados foram responsáveis pela forma através da qual elas foram executadas, pois qualquer destas três afirmações apoiaria os resultados a que o tribunal chegou¹⁵⁹¹.

Aludia-se, em consequência, a que não existia precedente citado ou referência em manuais militares em que se defendesse a possibilidade de matar como consequência de homicídio ilegal pelo inimigo¹⁵⁹².

Contudo, o artigo 358 (d) (3) do *United States Rules of Land Warfare*, 1940, referia que reféns tomados e detidos com o objetivo declarado de garantia contra atos ilícitos por parte das forças ou pessoas inimigas podiam ser punidos ou mortos se fossem cometidos atos ilícitos.

Em sentido oposto, de acordo com o artigo 2 (4) de uma lei francesa de 1944, qualquer execução em represália era considerada homicídio premeditado, afirmando-se que esta solução era uma contribuição bem-vinda para a eliminação gradual da incerteza quanto à lei das represálias em tempo de guerra, e que o facto de ela refletir, tão contundentemente, princípios formulados por escritores com autoridade tenderia a indicar que o curso adotado pode sustentar as sementes para um acordo mais amplo entre as nações quanto ao desenvolvimento do direito internacional neste campo¹⁵⁹³.

Considerava-se ainda que as represálias são uma medida extrema porque – na maioria dos casos – infligem sofrimento a pessoas inocentes mas que seria por esta razão que a sua força coercitiva existia, concluindo-se que seriam indispensáveis como último recurso¹⁵⁹⁴ e sugerindo-se – ao jeito de *Hostages* – que, por um lado, se a represália fosse razoável e proporcional, não existiria crime de guerra, mesmo que as vítimas fossem pessoas completamente inocentes¹⁵⁹⁵ e, por outro lado, se a assim

¹⁵⁸⁹ Assim, *Law reports VIII*, p. 6

¹⁵⁹⁰ *Law reports VIII*, p. 6.

¹⁵⁹¹ *Law reports VIII*, p. 7.

¹⁵⁹² Assim, *Law reports VIII*, p. 6.

¹⁵⁹³ Assim, *Law reports VIII*, p. 29.

¹⁵⁹⁴ Assim, *British Manual of Military Law*, para. 454 *apud* *Law reports VIII*, p. 7.

¹⁵⁹⁵ Cf. *Hostages*, pp. 1249 a 1253 e 1290 a 1294.

chamada represália fosse irrazoável e excessiva teria sido cometido um crime de guerra, mesmo que todas as vítimas fossem condenados à morte ou a prisão de longo prazo¹⁵⁹⁶.

2.1.3.9.2.2. Criticismo a *Hostages* por Lord Wright

Se é verdade que o julgamento em *Hostages* recebeu criticismo discreto, ou ceticismo educado¹⁵⁹⁷, de um outro tribunal em Nuremberga¹⁵⁹⁸, menos velado é o comentário de que a decisão de que se podem matar reféns inocentes, desde que o número de mortos não seja excessivo – mesmo sujeita às pré-condições especificadas na sentença – é retrógrada e contrária à marcha geral da jurisprudência humanitária no que diz respeito à guerra e que não interessa fazer distinção entre tipos diferentes de reféns porque o que é de salientar é que são massacrados não-combatentes inocentes¹⁵⁹⁹.

A ideia é a de que uma potência ocupante não tem o direito de matar reféns e que, mesmo a tomada de reféns com a finalidade de manter a ordem no território ocupado, é ilegal.

A história do problema é contada nos seguintes termos. Os reféns eram usados como garantia de que os tratados internacionais seriam implementados e observados, desaparecendo essa prática por completo no final do século XVIII, tendo sido utilizados novamente reféns durante a guerra de 1870 e 1871 entre a Alemanha e a França como resultado da ação alemã, mas agora com um objetivo totalmente diferente – o de garantir uma atitude pacífica dos habitantes do território ocupado – repetindo depois a Alemanha esta prática durante as duas guerras, e sendo a única das grandes potências e nações civilizadas a fazê-lo de forma sistemática, concluindo-se que assim não se teria formado direito internacional consuetudinário a este respeito e que a prática constituía uma violação do direito internacional, pois não estaria em conformidade com o direito costumeiro, violaria as regras da Convenção de Haia IV – nomeadamente o espírito dos

¹⁵⁹⁶ Assim, *Law reports VIII*, p. 7.

¹⁵⁹⁷ KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 233.

¹⁵⁹⁸ Em *High Command*, p. 527, considerou-se que, se uma medida assim desumana, como o homicídio de pessoas inocentes por infrações alheias, mesmo quando drasticamente salvaguardada e limitada, for alguma vez permitida à luz de uma qualquer teoria do direito internacional, matar sem a plena conformidade com todos esses requisitos seria homicídio e, se matar não é permitido em qualquer circunstância, então uma matança com total conformidade com todos os requisitos mencionados ainda assim seria homicídio.

¹⁵⁹⁹ Comentário de WRIGHT, LORD, “Foreword”, *Law Reports Of Trials Of War Criminals*, vol. VIII, 1949, pp. viii e ix.

artigos 46 e 50 RH – e seria contrária aos princípios gerais do direito, tal como reconhecidos pelas nações civilizadas¹⁶⁰⁰.

Acrescentando-se que¹⁶⁰¹: os reféns deviam, pelo menos, ter o mesmo direito de tratamento que os prisioneiros de guerra; há diversidade de opiniões doutrinárias, mas que Grotius já se pronunciava contra a prática; a prática parece receber algum suporte nas *Rules of Land Warfare* e no *British Manual of Military Law*, mas que, em relação às primeiras, a disposição em causa é de difícil reconciliação com outras partes do Manual e, em relação ao último, a ideia não é expressamente veiculada e que, de qualquer forma, estes manuais não constituem direito internacional; a Comissão de Responsabilidades de 1929 e a Carta de Londres previam a prática como crime; a CCGONU trata-a como crime; o tribunal esqueceu-se de mencionar estes impressionantes testemunhos; enfim é certamente contrária à famosa cláusula.

2.1.3.9.2.3. Apreciação

Talvez sob a influência das palavras de Gentili – que, a propósito de cercos, afirmava que nem uma rendição incondicional pode conduzir a licença no que diz respeito a propriedade, vida e honra¹⁶⁰² – o artigo 46, parágrafo 1, RH dispõe que “[I] *honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés*”.

Sem muitas explicações, o TMI considerou a proibição de matar reféns estabelecida na Carta como regra declaratória das leis e costumes de guerra, tal como manifestados no artigo 46 que protege a vida das pessoas¹⁶⁰³. De qualquer forma, nem este, nem o artigo 50 RH já analisado, parecem regular a questão das represálias, aliás como se reconhece¹⁶⁰⁴.

A opinião maioritária seria a de que o artigo 50 não diz respeito à questão das represálias, não obstante à queima de aldeias ou cidades por um ataque traiçoeiro lá

¹⁶⁰⁰ Este parágrafo em MELEN, A. C., “La question des otages a la lumiere du droit”, *Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques*, vol. 24, n.º1, 1946, p. 17-25 *apud* WRIGHT, LORD, “Foreword”, *Law Reports Of Trials Of War Criminals*, vol. VIII, pp. IX e X.

¹⁶⁰¹ As considerações seguintes em WRIGHT, LORD, “Foreword”, *Law Reports Of Trials Of War Criminals*, vol. VIII, pp. x e xi.

¹⁶⁰² Cf. GENTILI, ALBERICO, *De jure belli libri tres*, Carnegie edn., trans. John C. Rolfe, 1993, vol. II, pp. 31 a 33, *apud* MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 104.

¹⁶⁰³ *Göring*, p. 453.

¹⁶⁰⁴ Cf. WRIGHT, LORD, “Foreword”, *Law Reports Of Trials Of War Criminals*, vol. VIII, p. x. Questiona ainda o autor como seria possível conciliar os artigos em causa com o poder arbitrário e irresponsável reclamado pelo ocupante de matar como bem entenda habitantes inocentes. Há que salientar, no entanto, que em *Hostages* não se defendeu a existência de tal poder assim caracterizado.

cometido a soldados inimigos por indivíduos não conhecidos, tendo nesta situação um beligerante brutal a sua oportunidade¹⁶⁰⁵. *De iure constituendo* expressava-se que, tal como no que diz respeito à punição normal, as represálias não deviam poder ser infligidas à população no seu todo por atos de indivíduos pelos quais ela não pode ser considerada coletivamente responsável¹⁶⁰⁶. Aquela opinião maioritária parece ser corroborada pelos trabalhos preparatórios.

O parágrafo 452 do Manual Britânico de Direito Militar explicava que as represálias não são referidas no texto dos Regulamentos de Haia, mas são mencionadas no relatório apresentado à Conferência de Paz de 1899 pelo comité que elaborou a convenção de Haia, e refere-se que, ao lidar com o artigo 50, o relatório afirma que ele se consideraria sem prejuízo da questão de represálias¹⁶⁰⁷.

Sugeria-se – como razão pela qual a Conferência não menciona a questão das represálias – que um dos seus antecessores, a Conferência de Bruxelas de 1874, tinha eliminado as secções 69 a 71 do projeto de código russo que tratava das represálias e, também, que se recusou a, ao legislar sobre o assunto, adicionar autoridade a prática tão repreensível, embora sob certas circunstâncias inevitável¹⁶⁰⁸. A “aceitação fatalística” de um “fenômeno odioso” de que é melhor nem falar¹⁶⁰⁹. E se esta parece ter sido a postura da Bélgica que questionava “[p]ourquoi, comme la Commission l’a décidé pour d’autres cas sur lesquels on n’a pu se mettre d’accord, ne laisserait-on pas cette matière dans le domaine du droit non écrit, sous la sanction de la conscience publique, en attendant que les progrès de la science et de la civilisation apportent une solution complètement satisfaisante?”, constando das atas que “M. le Délégué de Belgique propose de sacrifier l’article tel qu’il est sur l’autel de l’humanité”¹⁶¹⁰, já um comentário final do delegado russo acentuava que “l’intention du Gouvernement russe à été de limiter les représailles, non de les consacrer” e que “[s]i la Conférence aime mieux les laisser sans limites précises, il ne s’y oppose pas”, mas que “[j]e regrette de voir rester dans la vague du silence une des plus dures nécessités de la guerre. Si l’on supprimait la chose en s’abstenant de prononcer le mot, je ne pourrais qu’y applaudir; mais si la chose doit rester dans les nécessités de la guerre, je crains que ce silence et cette obscurité n’en effacent les limites. Toutefois je crois que la constatation même dans nos protocoles du fait que la Commission,

¹⁶⁰⁵ Neste sentido, *Law Reports VIII*, pp. 3 e 4.

¹⁶⁰⁶ Assim, *Law Reports VIII*, pp. 80 e 81, referindo-se à posição tomada em *Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersch Lauterpacht (ed.), vol. II, 6.ª edição, 1944, pp. 249 e 250. Em sentido contrário, *Einsatzgruppen*, p. 493, considerando que as represálias só podem ser tomadas contra pessoas que possam ser consideradas solidariamente responsáveis pelos atos em causa.

¹⁶⁰⁷ Assim, *Law Reports VIII*.

¹⁶⁰⁸ Assim, *Law Reports VIII*, p. 4, reportando-se a *Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersch Lauterpacht (ed.), vol. II, 8.ª edição.

¹⁶⁰⁹ KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. xviii.

¹⁶¹⁰ ACTES DE LA CONFERENCE REUNIE A BRUXELLES, DU 27 JUILLET AU 27 AOUT 1874, POUR REGLER LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE, Édition officielle, Bruxelles, 1874, p. 139 (sublinhados adicionados). 25 anos antes da cláusula o delegado belga apelava ao direito não escrito e à consciência pública e caracterizava-o como um apelo à humanidade.

après avoir cherché à régler, à adoucir, à restreindre les représailles, a reculé devant sa tâche et devant la répugnance universelle qu'inspire ce droit extrême de la guerre, je crois que cette constatation aura une portée morale des plus sérieuses. C'est peut-être la meilleure limite que nous ayons pu tracer à l'exercice de ce droit et surtout à l'usage qui en pourra être fait à l'avenir"¹⁶¹¹.

Seguem-se as três secções do projeto russo, que foram eliminadas pela Conferência de Bruxelas.

As represálias são admissíveis em casos extremos apenas, tendo em devida conta, tanto quanto possível, as leis da humanidade, quando, sem dúvida, se provar que as leis e costumes da guerra foram violados pelo inimigo e que houve recurso a medidas condenadas pelo direito das nações (artigo 69).

A seleção dos meios, e a extensão, das represálias deve ser proporcional ao grau da infração do direito cometido pelo inimigo. As represálias que sejam desproporcionalmente severas são contrárias às regras do Direito Internacional (artigo 70)¹⁶¹².

As represálias são permitidas somente mediante a autoridade do Comandante-em-Chefe, que determinará também o seu grau de severidade e duração (artigo 71).

Se a razão para a não adoção destes artigos for a avançada, poder-se-ia sugerir que – já sujeitas a limites que não existiam nos seus primórdios¹⁶¹³ – estes seriam, de forma aproximada, os requisitos mínimos que as represálias teriam que preencher para serem lícitas. E propor que o que estaria em debate seria tão-só se não deviam os requisitos ser ainda mais apertados, ou se se deveria sequer admiti-las de todo.

Por outro lado, o facto de não se ter criado costume relativamente à admissibilidade de tais práticas, não significa que se criou costume relativo à sua proibição, ou que fossem proibidas pelas leis da humanidade ou ditames da consciência pública.

Que matar reféns seja crime de guerra de acordo com algumas opiniões, e na Carta de Londres, é certo. Mas que o tribunal em *Hostages* se deu conta desse facto também o é, pois os arguidos foram condenados justamente por isso. Também o

¹⁶¹¹ ACTES DE LA CONFÉRENCE RÉUNIE À BRUXELLES, pp. 139 e 140 (sublinhados adicionados).

¹⁶¹² Relativamente a represálias em tempo de paz, um tribunal arbitral, apoiando-se aparentemente *mais nos princípios gerais de direito do que no costume* – e em conformidade com uma afirmação anterior de que “[e]nfin, à défaut de règles du droit des gens applicables aux faits litigieux, les arbitres estiment devoir combler la lacune, en statuant suivant les principes d'équité, tout en restant dans le sens du droit des gens, appliqué par analogie, et en tenant compte de son évolution” –, asseverou “[m]ême si l'on admettait que le droit des gens n'exige pas que la représaille se mesure approximativement à l'offense, on devrait certainement considérer, comme excessives et partant illicites, des représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivées”. Cf. Recueil Des Sentences Arbitrales, Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (*Portugal contre Allemagne*), p. 1028 (sublinhados adicionados). Cf., também, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 8, n. 18 e 19.

¹⁶¹³ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 3.

homicídio está descrito como crime de guerra. O problema é que nem aquelas práticas nem este homicídio dão lugar a responsabilidade criminal caso existam defesas válidas.

Que os Manuais se refiram à prática em termos aparentemente permissivos não é decisivo mas é relevante.

O Código de Lieber estabelecia que todos os prisioneiros de guerra podem ser objeto de medidas retaliatórias¹⁶¹⁴. O Manual de Oxford, ao mesmo tempo que estabelecia que os infratores contra as leis da guerra são responsáveis de acordo com as punições estabelecidas na lei penal, esclarecia que, no entanto, este modo de repressão só é aplicável quando a pessoa possa ser detida, caso contrário o direito criminal é ineficaz, e se a parte lesada considerar a infração tão grave que seja necessário lembrar ao inimigo o respeito pela lei, então só resta o recurso a represálias, considerando-se ser esta uma exceção à regra geral de equidade de que as pessoas inocentes não podem sofrer pelos culpados e que está, também, em desacordo com a regra que cada beligerante deve respeitar as leis independentemente de reciprocidade por parte do inimigo¹⁶¹⁵.

Apesar do silêncio dos trabalhos da conferência de Haia em 1899 sobre tal possibilidade, existia já uma tendência de opinião – não negligenciável – que apontava no sentido de que as leis da humanidade prevaleciam sobre o direito das represálias, mas não existia ainda um consenso com o efeito de proibir a execução de inocentes em território ocupado, tanto por via de punição coletiva como através de represálias¹⁶¹⁶. Depois do defendido na primeira Parte espera-se já certamente a resistência ao uso da cláusula para a decisão sobre o carácter criminoso ou não criminoso da situação em análise pois não era evidente a solução.

2.1.3.9.3. Evolução

¹⁶¹⁴ Artigo 59.

¹⁶¹⁵ Artigo 84. Se na proposta original russa na Conferência de Bruxelas as represálias deveriam respeitar as leis da humanidade, na medida do possível, já o Manual postulava a obrigação mais estrita de que as represálias teriam de respeitar as leis da humanidade e da moral. Cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 54, duvidando, no entanto, de que esta regra fosse parte do direito positivo à época.

¹⁶¹⁶ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 62. Cf., também, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 63 a 67 relativamente aos trabalhos da Conferência de Haia de 1907. GREENWOOD, CHRISTOPHER, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, pp. 47 e 48, considera que há poucos indícios – na jurisprudência pós Segunda Guerra ou na prática estatal – de que o direito costumeiro contenha uma exigência geral de que as represálias sejam limitadas por princípios de humanidade.

Por último, se é de sublinhar o apelo de há um século atrás, e insistentes esforços, da Cruz Vermelha no sentido da sua abolição¹⁶¹⁷, e ainda que o âmbito das represálias legítimas – de par com uma mudança no equilíbrio na “tração à corda” entre a eficácia militar e a redução do sofrimento em direção a uma maior proteção da dignidade e liberdade individual¹⁶¹⁸ – tenha diminuído dramaticamente, desde a CG 1929 (que as proibia relativamente aos prisioneiros de guerra), em resultado da adoção das CG 1949 – cujas proibições, complementadas por uma proibição de punição coletiva relativamente a civis protegidos¹⁶¹⁹, se aplicam, na sua grande parte, relativamente a pessoas que estão em poder do inimigo e que, por implicação, as permite relativamente a pessoal militar e civis que ainda não o estão (especialmente, em combate)¹⁶²⁰ – e, finalmente, com a adoção do PA-I, em 1977 – que as proíbe relativamente a toda a população civil¹⁶²¹, o que, no fundo, reduz as represálias legítimas àquelas lançadas contra as forças armadas e civis que estejam a participar diretamente nas hostilidades¹⁶²², os quais de qualquer forma podem ser atacados à luz do *jus in bello*, eliminando-as, na prática, contra objetivos não militares¹⁶²³ – também é exato dizer que não é claro se as represálias contra civis – em circunstâncias extremas em que sejam a única forma de prevenir violações de direito internacional, especialmente contra prisioneiros de guerra e civis – são proibidas pelo direito costumeiro, especialmente tendo em conta a posição dos EUA, RU e Itália¹⁶²⁴. O que leva à conclusão de que nesta área continua a não existir uma regra costumeira que proíba represálias *in toto*¹⁶²⁵, mas que essa regra pode

¹⁶¹⁷ Cf. prefácio de Jean Pictet em KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp.xviii a xv.

¹⁶¹⁸ Assim, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 45.

¹⁶¹⁹ Cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 321. Segundo o COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977, p. 1374, marg. 4536, a proibição incondicional de punições coletivas é virtualmente equivalente à proibição de represálias contra pessoas protegidas.

¹⁶²⁰ Assim, BAXTER, RICHARD, “Forces for Compliance with the Law of War”, p. 165. Cf., também, GREENWOOD, CHRISTOPHER, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, p. 51.

¹⁶²¹ As injunções do Protocolo são abrangentes mas deixam a possibilidade de recurso a algum tipo de represálias, principalmente no que diz respeito ao uso de armas proibidas contra combatentes inimigos. Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 258. Algumas destas últimas são no entanto proibidas pela Convenção sobre a Proibição ou Limitação do Uso de Certas Armas Convencionais que podem ser consideradas como Produzindo Efeitos Traumáticos Excessivos ou Ferindo Indiscriminadamente, de 10 de Outubro de 1980. Cf., ainda, uma crítica às disposições do PA-I sobre represálias em GREENWOOD, CHRISTOPHER, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, pp. 58 a 61.

¹⁶²² Assim, GREENWOOD, CHRISTOPHER, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, p. 53.

¹⁶²³ Assim, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 24.

¹⁶²⁴ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, pp. 249 e 250. Em sentido de que são proibidas, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Kupreskić*, 14 de Janeiro 2000, paras. 527 a 531.

¹⁶²⁵ Cf., também, *Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, p. 328.

muito bem estar a surgir sob a influência da *opinio juris*¹⁶²⁶. O que parece ser duvidoso tendo em conta a reação desfavorável a *Kupreskić* em que o tribunal usou a cláusula como autoridade para a conclusão de que o direito costumeiro contém uma proibição de represálias contra civis e bens civis¹⁶²⁷. O RU rejeitou esta decisão¹⁶²⁸. A doutrina mais avisada na matéria não se convenceu¹⁶²⁹. O próprio TPIAJ já recuou¹⁶³⁰. Aqui está um bom exemplo de como um tribunal parece ter querido através de um *obiter dictum* testar o estado do direito, não condenou ninguém por tal e com grande probabilidade não efetuou mudança no sentido que desejava. Interação esta entre julgador e legislador que só se pode considerar natural tendo em conta as características do direito internacional. É um bom exemplo também de como a cláusula não é bom guia para a resolução de casos controversos.

Repare-se ainda que a discussão parece só se centrar em represálias contra pessoas que não são culpadas de qualquer delito e que (já) não representam perigo militar.

2.1.3.9.4. Conclusão

Em *Hostages*, o tribunal admitiu que até pessoas inocentes podiam ser mortas em represália. E, na verdade, tem-se alguma relutância em não conferir a esta decisão – cheia de tradição mas não sintonizada com um novo *zeitgeist*¹⁶³¹ – os melhores argumentos à luz do direito internacional vigente no momento dos factos. Que não os mais humanitários.

¹⁶²⁶ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 14. Cf., também, CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, Vol. I, p. 523. Na medida em que ainda sejam permitidas, elas só são admissíveis se: em reação a uma violação séria pelo adversário; tiver existido protesto ou outras medidas para assegurar o cumprimento da lei e elas tiverem falhado e não existirem outras medidas lícitas disponíveis para suprimir ou deter a violação; forem proporcionadas; forem aprovadas pelo nível mais elevado do governo e não por um comandante de campo; tiver havido anúncio público de represálias iminentes. Isto segundo CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 214 e 215, acrescentando ainda a exigência de cessação completa após cumprimento pelo adversário. GREENWOOD, CHRISTOPHER, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, p. 40, comentando a exigência, de alguns manuais militares, de que as represálias sejam ordenadas apenas pelas mais altas autoridades, sustenta que este pareceria um assunto mais do foro da disciplina militar do que de direito internacional.

¹⁶²⁷ Cf. ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Kupreskić*, 14 de Janeiro 2000, paras. 528 a 535.

¹⁶²⁸ AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 391.

¹⁶²⁹ Cf. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 262. Cf., ainda, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, pp. 257 a 261.

¹⁶³⁰ Cf. ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Martić*, 8 de Outubro 2008, paras. 263 a 267.

¹⁶³¹ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 152. Sobre a ambiguidade do *status* aplicável aos reféns e poder virtualmente ilimitado dos captores à época dos primeiros clássicos cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 81 a 84 e 210.

Tendo em consideração que – no fim da Primeira Guerra – a inumanidade das represálias contra vítimas de guerra tinha sido reconhecida pelos beligerantes, que perto do fim da guerra acordaram numa redução drástica dos seus poderes a este respeito¹⁶³², que a conferência diplomática de 1929 as condenou e as ilegalizou relativamente a prisioneiros de guerra em virtude do seu carácter inumano e que existia, “*sem dúvida, uma tendência*” em considerar esta proibição aplicável também a outras categorias de vítimas de guerra¹⁶³³, certamente existiria uma *base jurídica plausível para a proibição de represálias contra inocentes* mas possivelmente ainda uma fundação insuficiente para uma conclusão segura sobre a sua criminalidade. Seja como for, a proibição de represálias contra prisioneiros – a qual não se poderia considerar como mera codificação de direito existente – constituiu um passo decisivo no sentido da divisão do assunto das represálias beligerantes em duas partes, em função da circunstância de as represálias serem dirigidas contra pessoas protegidas e outras vítimas de guerra em sentido mais amplo ou terem lugar em contexto próprio de guerra¹⁶³⁴.

Transportando as considerações avançadas até agora, e perspetivando-se o caso de Kononov como uma represália, ainda que o enquadramento jurídico da ‘incompleta’ situação fáctica seja difícil, a solução última não parece difícil.

O problema não tem a ver com a relação entre ocupante e população de territórios ocupados, mas entre *partisans* ‘soviético-letões’ e ‘letões’, num palco de hostilidades. Por outro lado, e recordando-se que ainda hoje as represálias contra a população civil inimiga não parecem proibidas, então se se perspetivarem os aldeões como o inimigo – como o fez a Grande Câmara – pode-se aventar que a represália teria em vista a cessação dos seus atos ilegais enquanto parte de uma política prosseguida pelas autoridades alemãs, ou mesmo compelir essas autoridades a parar de usar os aldeões para objetivos de guerra¹⁶³⁵. O facto de a represália poder perseguir objetivos

¹⁶³² De referir que no Congresso Militar Ibero-Americano em 1892 se elaborou um projeto de codificação do direito da guerra de que constava a proibição de tomar reféns. Cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 56, n. 1.

¹⁶³³ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 88, 89 e 208, com reflexão sobre o efeito jurídico da omissão no projeto de Tóquio de 1934 de uma proibição de represálias relativamente a civis em território ocupado, referindo ainda que o projeto continha a proibição de represálias contra civis em território do inimigo e uma proibição contra matar reféns ou puni-los corporalmente, mas que era apenas um projeto.

¹⁶³⁴ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 106 e 107.

¹⁶³⁵ Poder-se-ia apelar aqui ao conceito de “unidade política suficientemente coerente”, avançada a propósito dos laços entre a resistência armada e a população de um território ocupado (cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 37), para ilustrar a possibilidade de que os laços próximos, entre os aldeões e aquelas autoridades, permitiriam perspetivá-los como tal. Noutra lugar, o autor parece ‘relaxar’, ou talvez só concretizar, o conceito, ao defender que os atos seriam de considerar represálias se o seu propósito fosse mudar a política das autoridades em oposição, fossem elas o governo no exílio, as autoridades locais ou os líderes da resistência armada, ao mesmo tempo que defende que os atos dirigidos a coagir diretamente a população a se abster de determinados atos de resistência e de outras atividades similares teriam que ser caracterizados como punição coletiva. Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent*

concomitantes, tal como necessidade militar, reciprocidade ou punição, não a desqualifica enquanto represália. Sendo a essência da represália o facto de ser uma sanção, considera-se óbvio que será escolhida de modo a proporcionar vantagem à parte que a leva a cabo¹⁶³⁶.

Não sendo fácil aquele ‘transporte’, sempre se dirá que a existência de protestos ou outras medidas para assegurar o cumprimento da lei não parece poder ter aplicação neste caso, redundando num possível suicídio para os *partisans* e frustração imediata da possibilidade de levar a cabo as – ou otimizar o efeito das – represálias. Ou seja, não pareceria que o princípio da subsidiariedade pudesse desempenhar aqui algum papel, pois não existiriam, antes de a levar a cabo a operação, outros meios óbvios menos gravosos que pudessem ser utilizados para cortar a relação de colaboração entre os alemães e os ‘letões-soviéticos’. De facto, parece ser ficção imaginar que os apelos ao ‘inimigo’ (alemães ou ‘letões’) para tal corte pudessem surtir algum efeito. Caso em que o recurso às represálias pode ser encarado como último remédio e, por conseguinte, como preenchendo o requisito da subsidiariedade¹⁶³⁷.

Por outro lado, a represália só teria sido executada depois de uma prévia intervenção judicial. A não desproporcionalidade severa (ou mesmo a mera não desproporcionalidade) é também de afirmar¹⁶³⁸. Supondo que houve uma violação do princípio da distinção pelos aldeões, até a violação da suposta regra que proíbe a utilização do uniforme do inimigo parece cirúrgica: a uma violação das regras que protegem confiança num *status* protegido, segue-se a violação de uma outra regra que protege essa confiança. Uma represália ‘quase impecável’ teria tido lugar se, de facto, os alemães tivessem queimado os 12 membros do grupo de Chugnov e neste estivessem compreendidos duas mulheres e uma criança pequena¹⁶³⁹. Não se podendo sequer afirmar que a morte do feto – resultante de uma violação da eventual regra que protegia a senhora Krupniks – fosse mais gravosa que a morte de uma criança pequena.

Reprisals, pp. 205 e 206. Um tribunal italiano (*Ardeatine Caves Cases*) observou até que é muito bem sabido que, na prática, se estabeleceu o uso de tratar as medidas de punição coletiva como represálias, apesar da distinção clara entre as duas, e que, embora com evidente hesitação, as medidas de punição coletiva não podiam afetar a pessoa humana. Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 239 a 242. A confusão entre umas e outras grassava.

¹⁶³⁶ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 148.

¹⁶³⁷ Cf., também, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 340.

¹⁶³⁸ Conclui-se até que o único *standard* aplicável parece ser o teste marginal de acordo com o qual uma ação não pode ser justificada enquanto represália quando é tão óbvia e grosseiramente desproporcional relativamente às ilegalidades que lhe deram causa que o beligerante que recorre a elas não a pode ter razoavelmente considerado como reação apropriada. Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 177.

¹⁶³⁹ Como alegado por Kononov. Cf. *Kononov I*, para. 22.

Assim, mesmo se se considerasse – ‘hipótese teórica’ – que os aldeões mortos fossem meros civis completamente aparte das hostilidades, então *mesmo nesta hipótese menos favorável a Kononov* ainda existiria uma represália à partida admissível. Por maioria de razão, ao jeito da Grande Câmara, se os aldeões fossem considerados como civis que participaram nas hostilidades ou combatentes.

Se fosse represália legítima – mesmo estando os aldeões já ‘em poder ou sob o controlo da unidade de Kononov’ – não haveria qualquer obrigação de lhes dar quartel ou qualquer proibição de os executar, a não ser que, num passo ‘quase mágico’, se os considerasse como prisioneiros de guerra que não podiam ser objeto de represálias.

Uma outra forma de perspetivar a questão poderia ser com a seguinte formulação avançada noutra contexto¹⁶⁴⁰: “ambas as partes têm a possibilidade de agir na base da sua conceção razoável da lei que governa a relação entre os dois lados. No longo prazo, os pontos de vista respetivos podem contribuir de uma forma ou outra para o estabelecimento de uma regra definitiva relativamente ao assunto: mas entretanto tem que ser aceite que provavelmente nem a ação de um beligerante, nem a represália tomada contra ela pelo outro, pode ser com qualquer certeza classificada de ilegal”. Ou seja, nem os alemães, ao usar os letões, nem estes ao atraírem os ‘soviético-letões’, nem estes ao retaliarem, fizeram qualquer coisa de errado. À luz do incerto direito da guerra, claro está, e com a incerteza, também neste contexto, das consequências jurídicas que adviriam do ‘método’ utilizado para matar a senhora Krupniks¹⁶⁴¹. Com o que se atinge o ponto de indagar o que se passaria na mente de Kononov relativamente a tudo isto.

2.1.3.10. Ordens superiores

2.1.3.10.1. A dúvida sobre a (i)legalidade da ordem

Mesmo que se chegasse à conclusão de que os aldeões eram pessoas protegidas que não podiam ser atacadas, punidas ou objeto de represálias legítimas, haveria que colocar a possibilidade de Kononov não os ver assim e, por conseguinte, há que questionar se ele poderia a partir *dos seus factos* adquirir a “correta relevância social” da

¹⁶⁴⁰ Formulação de KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 41.

¹⁶⁴¹ Segundo Greenwood – e num contexto em que se está a discutir a Convenção sobre Armas Convencionais de 1981 e os seus protocolos – Kalshoven defende que os princípios gerais que proíbem a infligção de sofrimento desnecessário e o uso de perfídia não estão sujeitos a derrogação por meio de represália, o que resultaria do exclusivo carácter humanitário destes princípios. Assim, GREENWOOD, CHRISTOPHER, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, p. 55, que considera que tal afirmação poderia ser uma descrição exata da proibição de causar sofrimento desnecessário mas que se teria que questionar se a proibição de perfídia teria tal carácter, acrescentando ainda que a circunstância de uma regra ser fundada em considerações humanitárias não tem sido considerado, no passado, como impeditivo de toda e qualquer possibilidade de represálias.

sua conduta e por aqui indagar se ele teria ou não a *mens rea* exigida para os crimes de guerra em causa, o que em caso de resposta negativa levaria à negação da sua responsabilidade criminal¹⁶⁴². No que diz respeito à existência de um determinado *status* protegido, não seria necessário que o perpetrador tivesse corretamente avaliado esse *status*, sendo suficiente que estivesse consciente das circunstâncias factuais em que se baseia o *status* protegido, por exemplo, não participação em combate (civis) ou inabilidade para continuar a participar em hostilidades (combatentes feridos)¹⁶⁴³. Mesmo que ele tivesse determinado a existência de um *status* protegido, mas ainda assim tomasse a ordem como lícita, possivelmente este erro de direito conduz a uma não responsabilização criminal se a pessoa não puder ser censurada por não ter reconhecido a ilicitude da ordem que seguiu¹⁶⁴⁴. Por outro lado, pareceria ainda que haveria algo mais a determinar pelos tribunais relativamente ao conhecimento de Kononov relativamente à suposta proibição de usar o uniforme do inimigo.

Assumindo-se que Kononov agiu com base nas ordens resultantes de um julgamento sumário levado a cabo por um tribunal marcial *partisan* há então que apontar que nem a Grande Câmara nem os tribunais da Letónia explicaram porque é que Kononov devia duvidar da legalidade e justeza de tal ordem¹⁶⁴⁵, tendo em especial atenção que era uma ordem para matar aldeões que tinham ‘à traição’ causado a morte dos seus camaradas de armas.

De referir que o que o TMI estabeleceu relativamente à defesa de ordens superiores foi somente que o verdadeiro teste não é a existência da ordem, mas *se era de facto possível uma escolha moral*, o que certamente abrangerá casos em que o acusado não pode ser censurado pela sua ignorância sobre a ilegalidade da ordem¹⁶⁴⁶.

Em *Alemlo*, o Tribunal Militar Britânico concluiu que os arguidos tinham direito a uma defesa completa se um homem razoável tivesse acreditado que um oficial tinha sido julgado de acordo com a lei e que estaria a levar a cabo uma execução lícita decidida judicialmente¹⁶⁴⁷. Não sendo claro, no entanto, se o erro seria uma consequência de uma errada avaliação da justeza do

¹⁶⁴² Assim, sobre o possível erro aqui em causa em geral, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 373.

¹⁶⁴³ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 183, marg. 481, no contexto do ETPI.

¹⁶⁴⁴ Sobre este erro, cf. AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 383.

¹⁶⁴⁵ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 9.

¹⁶⁴⁶ Assim, JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 45. Cf., também, Princípio IV dos *Princípios de Nuremberga*.

¹⁶⁴⁷ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 369. Outros casos similares incluem *Stalag Luft III, Wagener and others, Wülfing and K., Polish Prisoner of War*. Cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 238 e 239. De referir ainda o caso *Hans Trial*. Cf. LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. V, 1948, pp. 89 a 92.

juízo ou do não conhecimento factual por parte dos arguidos da forma como o julgamento foi conduzido¹⁶⁴⁸.

2.1.3.10.2. A defesa de ordens superiores

A primeira ideia que se avança é a de que, no início do século passado, a obediência a ordens superiores era ainda vista como uma defesa completa com fundamento na teoria *respondeat superior*, que postulava que, se os soldados cometessem violações ordenadas pelos seus comandantes, apenas estes seriam responsáveis¹⁶⁴⁹. Mais especificamente, no período anterior à Primeira Guerra, o mundo jurídico assumia que a obediência a ordens superiores não fazia incorrer o indivíduo em responsabilidade pessoal¹⁶⁵⁰. O que é muito duvidoso, pois existiam muitos casos em que se reconhecia o contrário¹⁶⁵¹.

A segunda, que também normalmente se avança, é a de que a rejeição total da defesa de ordens superiores nas Cartas seria uma novidade que ia bem para além da lei existente ao tempo da Segunda Guerra¹⁶⁵². Resultado de um compromisso entre os Aliados¹⁶⁵³ e desviando-se da proposta inicial dos americanos que estabelecia que “o facto de uma pessoa ter agido em conformidade com uma ordem superior ou com sanção do governo não constitui uma defesa absoluta, mas pode ser considerado, tanto como defesa, como em mitigação da pena, se o Tribunal no qual as acusações estão a ser julgadas determinar que a justiça assim o exige”¹⁶⁵⁴, a sensação que fica é a de que os autores da Carta podem ter concluído que, para o conjunto de factos relativamente aos quais o TMI tinha jurisdição (os factos cometidos pelos maiores criminosos), a

¹⁶⁴⁸ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 369. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 238 sustenta que estava aqui em causa um erro de facto. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 248, marg. 656, no âmbito do ETPI, sustenta que um erro de direito relevante existe, por exemplo, se um perpetrador que está a conduzir um julgamento de um prisioneiro de guerra considera como suficiente uma audição objetivamente insuficiente.

¹⁶⁴⁹ Assim, OPPENHEIM, LASSA, *International law, A Treatise*, vol. II, 1.ª edição, Longmans, Green, and Co., 1906, pp. 264 e 265.

¹⁶⁵⁰ Assim, JACKSON, ROBERT, “The challenge of international lawlessness”, p. 355; WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 249, marg. 660 (mas comparar com WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 250, marg. 664).

¹⁶⁵¹ Cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 228, n. 1 e 229, n. 2. Cf., também, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, pp. 71 a 72, aludindo a numerosas decisões dos tribunais americanos. Cf., ainda os casos citados em BASSIUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 594 a 597.

¹⁶⁵² Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 378.

¹⁶⁵³ BASSIUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 599.

¹⁶⁵⁴ INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *American Draft of Definitive Proposal, Presented to Foreign Ministers at San Francisco*, Abril 1945 (disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack04.asp>)

obediência a ordens superiores não podia ser invocada¹⁶⁵⁵. Não parece que uma “rejeição total”, que não tenha minimamente em conta a posição hierárquica do perpetrador e o tipo de crime, seja de afirmar¹⁶⁵⁶. Caso contrário seria, de facto, uma novidade de monta.

Dir-se-ia até que o que era universalmente aceite era que a defesa de ordens superiores não era uma “justificação absoluta” para o cometimento de crimes de guerra¹⁶⁵⁷. Na verdade, e apesar de alguma aparente prática estatal em contrário¹⁶⁵⁸, a Comissão reconheceu que as autoridades civis e militares não têm direito a uma exoneração de responsabilidade pelo mero facto de uma autoridade superior ter sido condenada pela mesma infração, *cabendo ao tribunal decidir* se uma defesa de ordens superiores é suficiente para absolver a pessoa¹⁶⁵⁹, acolhendo assim o ponto de vista de que o direito – e o direito militar também – não reduz o soldado ao *status* de “mero mecanismo”¹⁶⁶⁰.

Por exemplo, da jurisprudência de Leipzig resultavam claramente os seguintes postulados¹⁶⁶¹: como regra geral um subordinado que cometesse um ato criminal, em obediência a uma ordem, não incorria em responsabilidade criminal; esta regra seria inaplicável se o subordinado sabia que a ordem compreendia o cometimento de um crime e mesmo assim lhe

¹⁶⁵⁵ De anotar a ênfase do representante russo à Conferência de Londres no facto de o acordo ser somente relacionado com os maiores criminosos de guerra. Cf., embora de um ponto de vista diferente, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 109 a 119 e 130 a 135.

¹⁶⁵⁶ Em sentido diferente, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. xviii; BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 601 e 602.

¹⁶⁵⁷ Cf. LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 73. Neste sentido conferir as opiniões académicas no período anterior à Segunda Guerra citadas em BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 591 e 592. Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. 44.

¹⁶⁵⁸ Cf. Secção 443 do *British Military Manual* (1914) e Artigo 366 das *Rules of Land Warfare* (1940). Relativamente ao primeiro, sustenta-se que não tinha força de lei, que devia ser interpretado tendo em conta outras partes do Manual, que a Comissão, que incluía um delegado britânico, desaprovou o ponto de vista nele implicado – mas que todavia este apareceu inalterado na edição de 1936 do Manual – e, relativamente ao segundo, que não havia rasto de tal no Código de Lieber, acrescentando-se ainda que a solução estabelecida nos manuais relativamente aos crimes de guerra não é a mesma à luz da lei doméstica, não podendo aqui o soldado arguir ordens superiores com vista à isenção de responsabilidade por ato ilegal. Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 69, n. 2. Cf., ainda, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 46 a 48, acrescentando que estes documentos não eram direito internacional e que quem elaborou o primeiro foi o principal proponente da teoria *respondeat superior*.

¹⁶⁵⁹ Assim, COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, p. 117. Cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 94 e 95, avançando diferentes interpretações quanto ao possível significado de tais afirmações. Cf., também, 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. 234, n. 26.

¹⁶⁶⁰ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 71

¹⁶⁶¹ Estes postulados em DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. 19, considerando que o direito aplicado foi claramente o direito alemão e não o direito internacional.

obedecesse; para determinar se o subordinado estava consciente do facto de que o ato ordenado era criminal, o tribunal podia utilizar o teste da manifesta ilegalidade da ordem.

Adicionalmente, num tratado de 1922¹⁶⁶² estabelecia-se que as partes declaravam que “ as Potências Signatárias, desejando assegurar a implementação de regras humanas *do direito existente declaradas por elas*, no que diz respeito a ataques e à apreensão e destruição de navios mercantes, declaram ainda que qualquer pessoa ao serviço de qualquer Potência que viole tais regras, *independentemente de estar a cumprir ordens de um superior governamental*, será considerada como tendo violado *as leis da guerra* e será sujeita a julgamento e punição tal como por um ato de pirataria e poderá ser levada a tribunal perante autoridades civis ou militares de qualquer Potência sob a jurisdição do qual ela possa ser encontrada”¹⁶⁶³, não parecendo que esta formulação aparecesse – aos olhos das partes – como algo de contrário ao direito internacional. O que resulta do texto é bem mais que tal era exigido por este direito.

Seja como for, o que a polémica significa para *Kononov* é que – caso se chegasse à conclusão de que as ‘infrações’ existiam e que o princípio da legalidade da CEDH não obstava à sua existência então –, em coerência, dever-se-ia analisar se obstava à declaração da não existência da causa de exclusão da responsabilidade ao tempo dos factos.

Como já avançado, as cartas estabelecem a jurisdição dos tribunais e, portanto, são estes que têm de averiguar se existia ou não uma causa de responsabilidade no momento dos factos e, em caso afirmativo, se os autores das cartas a quiseram excluir retroativamente¹⁶⁶⁴, tendo-se em particular atenção que o direito internacional ainda não tinha à altura normas específicas que negassem a defesa e que os precedentes eram escassos e inconclusivos¹⁶⁶⁵.

No fundo, quando o TMI aludiu a que “um soldado ter recebido uma *ordem para matar ou torturar*, em violação do direito internacional da guerra, nunca foi reconhecido como defesa *para atos de tal brutalidade*”¹⁶⁶⁶ e, logo depois, afirmou o teste relativo à possibilidade de

¹⁶⁶² TRAITE RELATIF A L'EMPLOI DES SOUS-MARINS ET DES GAZ ASPHYXIANTS EN TEMPS DE GUERRE, Washington, 6 février 1922.

¹⁶⁶³ Artigo III. Sobre este tratado cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders'*, pp. 97 a 100, considerando que este artigo é claramente um repúdio da doutrina *respondeat superior*.

¹⁶⁶⁴ Segundo BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 335, uma eliminação completa da defesa – a que existia nos sistemas alemão (após 1935 era excluída se a ordem fosse ilegal) e japonês antes de 1945 e no direito internacional – é provavelmente a mais séria violação da legalidade devido à sua natureza *ex post facto*. Afirma ainda – a propósito do conhecimento da proibição, ou na sua falta, o qual poderia ser caracterizado na era nazi, e em todos os regimes totalitários, em termos negativos (a vontade de não saber a natureza essencial do atuar errado do próprio, ou dos outros que se ajuda e encoraja) – que era certamente questionável se o direito internacional em 1945 impunha um dever sobre os indivíduos que fosse além das normas jurídicas positivas dos sistemas nacionais. Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 513 e 514.

¹⁶⁶⁵ BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 588.

¹⁶⁶⁶ *Göring*, p. 447. É o próprio juiz americano principal do TMI a sublinhar este facto para demonstrar que o tribunal tinha em mente as ordens superiores manifestamente ilegais do caso concreto e os líderes da Alemanha nazi em julgamento, e já não o soldado que eventualmente tivesse o dever de comparar as

escolha moral, talvez estivesse – na esteira dos procuradores que sublinharam a necessidade de bom senso na interpretação do artigo (Jackson) e que, de uma forma ou outra, avançaram o teste da manifesta criminalidade (Shawcross, Menthon, Rudenko)¹⁶⁶⁷ – a suavizar ou mitigar os supostos rigores da Carta¹⁶⁶⁸, o que a ser verdade só se poderia considerar como um rumo acertado¹⁶⁶⁹. Até se pode imaginar aqui mais um caso em que os ‘dúbios maus resultados’ das negociações entre estados são corrigidos pelos tribunais e, o não protesto pelos criadores, pode ser considerado como aquiescência no produto final.

Seja como for, mesmo que se admitisse que existiu uma rejeição total da defesa de ordens superiores, e que Kononov não podia beneficiar de tal, sempre restaria a questão de se ele não poderia beneficiar de uma possível modificação posterior da lei¹⁶⁷⁰.

“complicações difíceis do direito internacional” com a “verosimilhança evidente” de que seria fuzilado se desobedecesse. Cf. BIDDLE, FRANCIS, “Le Procès de Nuremberg”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 19, 1948, p. 12. Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 154 e 155 e n. 504, que sugere que tal interpretação habilidosa é fundada mais em “exegese dialética” do que na “fraseologia” usada pelo tribunal e que não pode ser aceite.

¹⁶⁶⁷ Cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 125 a 130. Postura de todos mais compaginável com uma interpretação da Carta como estabelecendo jurisdição sobre determinados factos do que como estabelecendo direito substantivo. Olhe-se ainda para o seguinte trecho de uma intervenção do procurador russo citada em DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. 144: “[n]evertheless, it is quite incomprehensible what logical or other methods have guided his assertion that the provisions of the Charter, especially drafted for the trial of major war criminals of Fascist Germany, did not factually imply the very conditions of the activities of these criminals. What orders then, issued by whom and in what country, are meant by the Charter of the Tribunal?” (sublinhado adicionado). A acusação arguiu nos processos subsequentes que o análogo artigo 4 (b) da CC10 é dirigido aos atos especificamente em causa que seriam considerados *a priori* ilegais e reflete, não a norma geral de direito internacional (a de que o subordinado pode assumir, sem exame cuidadoso, a legalidade das ordens dadas), mas uma exceção a ela. Cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 174 a 177.

¹⁶⁶⁸ Neste sentido se pronunciava Donnedieu de Vabres em vários textos citados em DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. 151, n. 492. Cf., também, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 178, referindo-se à jurisprudência de Nuremberga. Relativamente a esta não parece existir dúvida acerca da correção da afirmação. Cf., sobre esta jurisprudência, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 177 a 189; BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 602 a 604. Em sentido de que, ao contrário do que muitos académicos pensam, o TMI sustou *in toto* a postura dura da Carta, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. xviii. Uma hipótese é a de ser o autor que pode não estar a interpretar corretamente tudo o que vai implícito na afirmação do TMI, pois também refere que, “estranhamente”, o tribunal associou a ‘escolha moral’ à obediência de ordens superiores. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. xxvii. No que podia ser visto, segundo o autor, como expressando a ideia de que a obediência a ordens superiores seria um elemento factual a tomar em conta no âmbito de uma defesa fundada em falta de escolha moral. Sobre esta interpretação e sobre a sua interpretação da posição do tribunal cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 147 a 156. Os rigores da Carta parecem dever-se principalmente à posição soviética. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 113 a 115.

¹⁶⁶⁹ Mas cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, *passim*. No sentido do texto, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 73, avançava que se os tribunais descartassem de forma absoluta a alegação de ordens superiores estariam a tomar um curso que não poderia ser considerado defensável.

¹⁶⁷⁰ Cf. *infra* Parte IV, 3.1.5.4.

2.1.3.10.3. O dilema dos soldados e a doutrina saída de Nuremberga

Chegou o momento de refletir sobre o dilema ao qual os soldados estão expostos. Por um lado, a disciplina e eficiência militar, indispensáveis numa estrutura arquitetada para conduzir homens para a batalha, para os liderar sob fogo e, se necessário, para os impelir a sacrificar as suas vidas pelo seu país¹⁶⁷¹ ou causa; a necessidade de obediência absoluta a ordens e treino para não as questionar – dando-lhes cumprimento sem discussão, aspeto importantíssimo para a eficiência de qualquer exército – e possibilidade de sanções em caso de falta de obediência, o que, particularmente em tempos de guerra, pode significar pena de morte¹⁶⁷². Por outro lado, o imperativo de preservar a supremacia da lei¹⁶⁷³, pois, se a ordem é ilegal, a sua execução constitui um crime internacional, sendo a situação dos soldados agravada pelo facto de se arriscarem a ser punidos qualquer que seja a decisão que tomem¹⁶⁷⁴.

Respondeat superior é fundada, por um lado, nas exigências da disciplina militar e, por outro, nos elementos de erro de direito e compulsão, removendo a responsabilidade dos ombros de uma pessoa, o receptor da ordem, e colocando-a nos ombros de outra, o superior que emitiu a ordem¹⁶⁷⁵.

Rejeitando-se esta doutrina, talvez se possa dizer com propriedade que o resultado da combinação daqueles elementos é o de que, num dos extremos, uma pessoa que obedeça a uma ordem manifestamente ilegal – cuja recusa em a obedecer não a colocasse em perigo imediato – não beneficia de proteção à luz de ordens superiores e que, no outro extremo, uma pessoa que obedeça, num caso isolado, a uma ordem ilegal, que não é manifestamente ilegal – e cuja desobediência o exporia aos rigores completos da disciplina militar sumária –, já poderá beneficiar dela, existindo ainda um grande número de situações intermédias¹⁶⁷⁶.

A jurisprudência de Nuremberga, e apesar de considerar que uma ordem ilegal não seria em nenhum sentido da palavra uma lei válida a que haja obrigação de obedecer, não ignorou o

¹⁶⁷¹ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders'*, p. 5.

¹⁶⁷² Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 376.

¹⁶⁷³ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders'*, p. 5.

¹⁶⁷⁴ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 376.

¹⁶⁷⁵ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders'*, 1965, p. .

¹⁶⁷⁶ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, "The Law of Nations", p. 73.

dilema¹⁶⁷⁷, afirmando-se que se a pressão exercida pelo superior significasse coação, o subordinado teria uma causa de exclusão da culpa¹⁶⁷⁸ e que se este não tivesse conhecimento da ilicitude da ordem, poderia arguir um erro de direito, desde que a natureza do ato ordenado não estivesse manifestamente para além do âmbito da autoridade do superior¹⁶⁷⁹.

Dir-se-ia então que as ordens superiores podem ser relevantes para uma defesa fundada em erro de direito ou quando são parte de um clima de coerção tão severo que se pode dizer existir coação/estado de necessidade¹⁶⁸⁰. Ou que o facto de o arguido ter agido em obediência a ordens superiores não poderia constituir uma defesa *per se*, mas seria um elemento factual que deve ser tomado em conta no compasso de uma defesa admissível fundada na falta de *mens rea* (especificamente coação ou erro)¹⁶⁸¹. A ideia aqui é que, do ponto de vista do direito internacional, a obrigação do soldado é não cometer crimes internacionais, mesmo que em obediência a ordens superiores, não existindo qualquer competição entre uma obrigação internacional de cumprir ordens e o dever de abstenção de conduta criminal¹⁶⁸².

2.1.3.10.4. Ordens superiores e represálias

Recordando-se que o direito nacional por vezes impõe exigências sobre os indivíduos que contradizem o direito penal internacional – o que é exponenciado pelo facto de o maior número de *crimina juris gentium* serem patrocinados pelo estado – levantam-se dúvidas sobre a

¹⁶⁷⁷ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 379.

¹⁶⁷⁸ Assim, *The IG Farben*, p. 1179.

¹⁶⁷⁹ Assim, *Einsatzgruppen*, pp. 477; *Hostages*, p. 1236.

¹⁶⁸⁰ Cf., em sentido de que é debatível que assim seja, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 228, referindo que, após a Segunda Guerra, a prática estatal moveu-se decisivamente no sentido da eliminação de qualquer vestígio da defesa (CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 229), o que refletiria várias tendências importantes, tais como o reconhecimento da quantidade massiva de crimes que, no caso de um regime radicalmente criminoso, seriam desculpados pela sua existência, a primazia do direito internacional humanitário e criminal sobre as doutrinas militares domésticas, ou ordens, que proporcionariam uma exclusão da responsabilidade, e a responsabilidade direta dos indivíduos à luz do direito internacional.

¹⁶⁸¹ DINSTEIN, YORAM, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders'*, p. 88. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 515 afirma que há duas formas de abordar o assunto da presunção de conhecimento e da ignorância do direito penal internacional: ou como fazendo parte do elemento intelectual da responsabilidade, ou como questão necessária para provar o elemento intelectual. Segundo o autor, a consequência da primeira hipótese seria a de que a ausência de conhecimento ou culpabilidade negaria por completo a responsabilidade; no segundo caso é um fator exonerador com natureza de desculpa ou não-punibilidade. A presunção refutável incluiria o conhecimento da ilegalidade do ato com base num *standard* de razoabilidade, apesar do qual o indivíduo pode apresentar uma defesa de ignorância da lei, sendo assim o teste, em último termo, subjetivo: “se uma pessoa normal razoável, com a capacidade intelectual e *background* do agente, devia ter razoavelmente sabido ou acreditado que o ato era ilegal à luz do direito internacional ou nacional”. Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 516. Cf., ainda, sobre algumas consequências desta abordagem, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 516 e 517.

¹⁶⁸² Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders'*, pp. 21 e 22.

previsibilidade das consequências das suas condutas nos casos em que os soldados, com a obrigação de cumprir, recebem ordens para cometer crimes de guerra, o que é especialmente o caso quanto mais jovens e no sopé da hierarquia¹⁶⁸³.

Esta consideração é particularmente pertinente quando em causa está, como parece ser o caso, uma defesa de ordens superiores em sobreposição com uma defesa de represálias.

Na verdade, o elemento ‘represálias’ pode ter um peso significativo e desconcertante sobre o pleito de ordens superiores pois – apesar da força deste ser condicionada pelo grau de hediondez do delito e sua aproximação a um crime comum, “aparentemente divorciado, tanto da necessidade beligerante, como de considerações elementares de humanidade” – a força desta última consideração pode se tornar “consideravelmente amputada, embora nunca totalmente eliminada”, quando o ato tenha sido ordenado – ou representado pelo subordinado como tendo sido ordenado – como represália por um crime semelhante ou idêntico cometido pelo adversário¹⁶⁸⁴.

Sustenta-se que é de esperar que um subordinado – quando confrontado com uma ordem que claramente representa um desprezo pela lei e humanidade – afirme, com risco para a sua própria vida, o seu próprio padrão de lei e moralidade, o que é um teste exigente embora inevitável, e afirma-se também – de forma que se já pode acompanhar com mais segurança – que tal independência de convicção e ação não pode ser sempre expectável nos casos em que o soldado ou oficial é confrontado com um comando que ordena um ato reconhecidamente ilegal e cruel, mas emitido em represália para com conduta similarmente repreensível levada a cabo por parte do adversário¹⁶⁸⁵.

Recordando-se ainda que o Supremo Tribunal Alemão, em *The Dover Castle*¹⁶⁸⁶, absolveu em 1921 o acusado – que se declarou culpado de torpedear um navio-hospital britânico – pois considerou que os acusados tinham direito a sustentar que, com base nas informações que lhes foram fornecidas pelos seus superiores, o naufrágio de navios-hospitais inimigos foi uma represália legítima contra o abuso de navios-hospitais pelo inimigo em violação da Convenção de Haia X¹⁶⁸⁷. Rematando-se que, como o acusado pensava que estava a levar a cabo (uma ordem relativa a) represálias legítimas, o seu erro levou à absolvição¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸³ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 241.

¹⁶⁸⁴ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, page 76.

¹⁶⁸⁵ Assim, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, page 76.

¹⁶⁸⁶ Sobre este caso cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 12 a 14.

¹⁶⁸⁷ Exemplo em LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, page 76.

¹⁶⁸⁸ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. 85, considerando estar em causa nestes casos, na verdade, um erro de direito, de facto ou ambos, sendo a questão se o subordinado acreditou *bona fide* que estava a levar a cabo uma represália legítima.

Aliás, a acompanhar-se o erro da Grande Câmara relativamente à consideração da traição como uma violação do *jus in bello* – e supõe-se que ela veria o seu próprio aconselhamento jurídico como adequado – os soviéticos ‘poderiam confiar’ em que os aldeões teriam violado o direito da guerra.

Seja como for, seria sempre muito problemático para a estrutura militar soviética, e para Kononov em particular, nas circunstâncias específicas do caso, aperceberem-se da ‘distinção’ entre uma traição enquanto suposta violação do *jus in bello* e uma traição enquanto violação do direito soviético¹⁶⁸⁹.

Mais em geral, a incerteza relativamente à grande maioria das ordens envolvendo represálias era tão grande que parece fantástico imaginar que a maior parte dos soldados se pudessem orientar corretamente no sentido da suposta criminalidade da sua conduta.

2.1.3.10.5. Atividades profissionais, previsibilidade, assessoria jurídica e ilegalidade manifesta dos *crimina juris gentium*

Por outro lado, avança-se que, dificilmente, se pode considerar o combate *partisan* (guerrilha) como uma atividade profissional que exige um conhecimento profundo dos regulamentos jurídicos relevantes que a regem, sendo do conhecimento comum que, durante a guerra, *partisans*, assim como a grande maioria dos outros militares, tinham um treino especial limitado, mantendo outras profissões na vida civil, sendo a guerra apenas uma ocupação forçada e temporária¹⁶⁹⁰.

Se se recordar que, segundo o TEDH, a noção de previsibilidade depende em grande medida do conteúdo do texto em causa, da área que abrange e do número e do estatuto daqueles a quem é dirigido, e que a lei pode ainda satisfazer o requisito de previsibilidade mesmo que a pessoa em causa tenha de ter ajuda jurídica apropriada para determinar, num grau razoável nas circunstâncias, as consequências de uma determinada ação – o que é particularmente verdade relativamente a pessoas que desenvolvem uma atividade profissional e que estão habituadas a ter de proceder com um elevado grau de prudência, dos quais se espera um especial cuidado na avaliação

¹⁶⁸⁹ Parecendo até, embora com relutância, ser de transportar para aqui a ideia, avançada mais especificamente em relação aos regulamentos do ocupante e leis da guerra (cf. KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 40 e 41), de que seria artificial tornar a admissibilidade da represália ou da *quasi-represália* dependente da resposta à questão de se as normas violadas pelos aldeões fariam parte do direito soviético ou do direito da guerra.

¹⁶⁹⁰ Assim, THE OPINION OF THE RUSSIAN, p. 9.

dos riscos dessa atividade¹⁶⁹¹ – rapidamente se poderia aventar colocar os comandantes militares experientes de Kononov¹⁶⁹², mas, em definitivo, não ele próprio, 19 anos de idade, e apesar de ser o comandante *daquela* unidade, nesta categoria de pessoas¹⁶⁹³.

E se é verdade, à partida, que alguns crimes de guerra são tão repulsivos, tão repreensíveis, e tão bem entendidos, que simplesmente não pode ser arguido que a sua definição é vaga ou incerta¹⁶⁹⁴ e que estica a credibilidade afirmar que um arguido não reconheceria a natureza criminosa dos factos correspondentes a eles¹⁶⁹⁵ – qual manifesta criminalidade da conduta – o mesmo não se aplica a este caso, a não ser que se entre no raciocínio viciado de que como o que estaria em causa seria um crime de guerra a sua criminalidade seria manifesta.

De facto, especialmente à altura, não há que duvidar da afirmação de que a maioria dos crimes de guerra cuja punição seria exigida, e em particular quase todos os crimes de guerra politicamente importantes, eram cometidos à luz de comandos superiores que dificilmente poderiam ser considerados manifesta e indisputavelmente ilegais¹⁶⁹⁶. Muitas regras da guerra eram ambíguas e só pode parecer razoável desculpar qualquer pessoa que tenha cometido uma violação das regras da guerra em sentido técnico, mas que ao o fazer errou (sendo o erro razoável) acerca da lei, *mesmo na ausência de ordens superiores*¹⁶⁹⁷. Particularmente à altura, se é verdade que “nenhum soldado podia carregar uma biblioteca de direito internacional ou ter acesso a professor na matéria que lhe diga se um particular comando é ou não ilegal”¹⁶⁹⁸ parece é que se porventura pudesse, e dispusesse do tempo que o autor desta tese teve para procurar a

¹⁶⁹¹ Assim, ECHR, Judgment, *Case of Cantoni v. France*, 11 de Novembro, Strasbourg, 11 de Novembro 1996, para. 35.

¹⁶⁹² De facto, a ilegalidade manifesta de muitos crimes de guerra, e o padrão elevado de conhecimento exigido de militares e civis em posição de autoridade, deixa “pouco espaço para uma defesa bem-sucedida com fundamento em falta de previsibilidade”, pois aquelas duas noções complementam-se, sendo que os crimes de guerra que não são manifestamente ilegais são muitas vezes cometidos por militares de quem pode ser assumido que conhecem as leis da guerra, e, apesar de a seleção de alvos em campanhas militares ser complexa, é de esperar que as pessoas que fazem essas escolhas investiguem a fundo a legislação pertinente com vista a adotar decisões corretas. Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 243.

¹⁶⁹³ Não resulta da informação disponível que ele fosse *expert* em direito da guerra ou coisa parecida. Sobre a possibilidade, sobretudo hoje em dia, de meros soldados serem mais versados em direito internacional que os seus comandantes cf. DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 34 e 35.

¹⁶⁹⁴ Cf. Canada Supreme Court, *R. v. Imre Finta*, 24 de Março 1994 (disponível em <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1124/index.do>).

¹⁶⁹⁵ *Delalić*, para. 313.

¹⁶⁹⁶ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 383, referindo-se à posição de Hans Kelsen num artigo de 1941.

¹⁶⁹⁷ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 259.

¹⁶⁹⁸ Cf. *Peleus*, Judge Advocate, p. 129 citado em CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 220, n. 38.

resposta, mesmo assim não encontraria nela, ou obteria dele, uma resposta clara. Enfim, a ideia de que Kononov, 19 anos, comandante daquela unidade – mas mais soldado raso que militar experiente – devia ter recusado cumprir a ordem do tribunal marcial aparenta ter todos os sinais de ser, no mínimo, caricata¹⁶⁹⁹. Alas, a sua “assessoria jurídica competente” era o tribunal.

2.1.3.10.6. Evolução

Mesmo hoje, parece de afirmar que a defesa de ordens superiores pode ser invocada¹⁷⁰⁰. A ideia de que a defesa foi completamente abolida com a Carta e que isso teria passado para o direito costumeiro deveria, além do já avançado, ser confrontada com a prática subsequente dos estados. Não parece que os estados nos seus manuais militares tenham consagrado esta posição. Embora se tenham movido no sentido de tornar a defesa *mais estreita*¹⁷⁰¹. Apesar dos estatutos dos modernos tribunais *ad-hoc* terem replicado a postura rígida da Carta, o artigo 33 do ETPI é a este propósito revelador ao não presumir que a ordem para o cometimento de crimes de guerra seja sempre manifestamente ilegal¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁹ Em *High Command*, o tribunal afirmou que uma ordem que não fosse patentemente ilegal – em virtude de a lei sobre a matéria não ser clara – não poderia levar à responsabilidade criminal de um comandante de campo, pois este tinha o direito de assumir que o assunto tinha sido apropriadamente determinado por autoridades superiores. *High Command*, p. 534. É de anotar, no entanto, que em causa estava o uso de prisioneiros de guerra na construção de fortificações.

¹⁷⁰⁰ WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 251, marg. 495, considera que o princípio da responsabilidade absoluta não é direito costumeiro.

¹⁷⁰¹ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 485.

¹⁷⁰² No sentido de que o artigo, de forma indisputável, não corresponde ao direito costumeiro, DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, p. xxii. Diferentes posições académicas em BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 592 a 594. GAETA, PAOLO, “The Defence of Superior orders: the Statute of International Criminal Court versus Customary International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 10, n.º 1, 1999, p. 190, questiona-se como seria possível arguir que uma ordem para cometer tais crimes não é manifestamente ilegal ou que o subordinado não reconheceria a sua ilegalidade. Para um criticismo forte, e em larga medida injustificado, na opinião do autor desta tese, a este artigo do ETPI, cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, pp. 231 e 232. Cf., também, a reflexão em DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 35 a 36 e a crítica em DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 289. Quanto a esta última, a ideia é a de que tudo se resolve com as defesas de erro de direito, erro de facto ou coação, não sendo a defesa de ordens superiores uma defesa *per se*. Não se está certo, neste momento, de que este seja de facto o caso, pois muito provavelmente a existência desta outra defesa alarga o campo da irresponsabilidade criminal. Cf., também, com uma dúvida semelhante, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 251, marg. 667, resolvendo-a, aparentemente, em sentido de que se alarga (cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 252 e 253, marg. 671). Em sentido de que a abolição da defesa ‘ordens superiores’ pode sofrer exceções justificadas, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 22 e 23, n. 45 (último parágrafo da nota de rodapé). Cf., ainda, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 249, n. 483, em que se sustenta que o princípio da *mens rea* desenvolvido por Dinstein leva *em geral* aos mesmos resultados que o princípio da manifesta ilegalidade.

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que:

a) Estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do governo ou superior hierárquico em questão;

b) Não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e

c) A decisão não fosse manifestamente ilegal.

2 - Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.

Produto certamente de dilema já jurídico em que se oscila, com uma hesitação talvez inevitável, entre os ditames da absoluta eficiência e disciplina no que é, na essência, uma “instrumentalidade de poder” e a igualmente inescapável sujeição de tal instrumento de poder à autoridade do direito¹⁷⁰³, o que é aqui de salientar é que, se se partir do princípio de que, em 1944, segundo o direito aplicável, não se poderiam invocar ordens superiores relativamente a todos os crimes de guerra, este desenvolvimento do ETPI poderia significar direito mais favorável do qual Kononov eventualmente deveria ter beneficiado¹⁷⁰⁴.

2.1.3.10.7. Conclusão

Com todas estas considerações em mente, só se pode considerar como *petitio principii* as afirmações do governo letão de que era, de forma clara, objetivamente previsível em 1944 que o ato era criminoso e que, na verdade, a versão dos factos alternativa apresentada por Kononov – a de que o objetivo era o de capturar os aldeões – era reveladora, na medida em que sugeriria o reconhecimento de que ele estava ciente ao tempo de que o matar era criminoso¹⁷⁰⁵. Da mesma forma já não se pode caracterizar a formulação do TEDH – a um outro propósito exemplar – de que até a mais superficial reflexão pelo requerente teria, *pelo menos*, indicado que *existia o risco* de os atos em causa serem contrários às leis e costumes da guerra tal como entendidos ao tempo e que, notavelmente, *existia o risco* de constituírem crimes de guerra pelos quais, enquanto comandante, ele poderia ser considerado responsável¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰³ Esta formulação em LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 71.

¹⁷⁰⁴ Mas cf. *infra* Parte IV, 3.1.5.4.

¹⁷⁰⁵ *Kononov II*, para. 158

¹⁷⁰⁶ *Kononov II*, para. 238, considerando que como comandante era esperado dele um especial cuidado na avaliação dos riscos da operação e parecendo partir do princípio que ele também tinha a *mens rea* exigida relativamente ao flagrante maltratamento e à morte dos nove aldeões.

2.1.4. Observações finais em relação ao caso concreto

Que muitas destas questões – a saber, objetivos militares legítimos, represálias, punição solidária, danos colaterais, ordens superiores – apresentem pontos de contacto e mesmo de sobreposição, o que este caso bem demonstra, só expõe o quão complexa, neste campo, pode ser a correta avaliação do direito aplicável.

Uma oportunidade para refletir sobre variados aspetos nebulosos do direito da guerra, o que *Kononov* traz de mais importante para este trabalho é a conclusão de que não parece claro que *o facto de Kononov* acarretasse responsabilidade criminal. Também no contexto de tribunais municipais dos ‘perdedores’ vale aquela advertência sobre o método questionável de dissipar dúvidas em matérias controversas, aqui especialmente resultante da idade de Kononov, da alegação de ordens superiores¹⁷⁰⁷ e da incerteza da lei em matéria de represálias, punição solidária e alcance do *jus in bello*.

Sem prejuízo, no entanto, de se chegar a uma conclusão diferente, quanto à clareza, se os factos forem perspetivados, não à luz do direito da guerra, mas sob o ponto de vista do direito soviético, nomeadamente se tivesse sido dado como provado que os soldados agiram para além da autoridade do tribunal *ad-hoc* ao matarem as três mulheres¹⁷⁰⁸, ou que a ordem era somente para uma captura, e que assim houve excessos na operação que pudessem ser atribuídos a Kononov, caso em que, além do homicídio, a punição por crimes de banditismo¹⁷⁰⁹ ou não cumprimento de ordens¹⁷¹⁰ não violaria o *nullum crimen* pois o comportamento seria criminoso à data¹⁷¹¹.

Anote-se por último que uma avaliação definitiva quanto à justeza das condenações pelos tribunais letões, à luz do *nullum crimen*, só é possível através de uma análise cuidada do quadro factual detalhado dado como provado por estes ou, em alternativa, o quadro factual que devia ter sido aprofundado por estes e que – tendo em conta a informação disponível nos julgamentos do TEDH – se se suspeita não foi devidamente estabelecido: nomeadamente, factos relativos à ordem do tribunal *partisan*, factos relativos à posição de comandante de Kononov e seu controlo efetivo sobre os

¹⁷⁰⁷ Cf., também, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 75.

¹⁷⁰⁸ Como decidido pelo Tribunal Regional. Cf., *Kononov II*, para. 36.

¹⁷⁰⁹ Como aludido pelo Tribunal Regional. Cf., *Kononov II*, para. 36.

¹⁷¹⁰ Segundo o artigo 193 (3) do código criminal de 1926. Cf. *Kononov II*, para. 167.

¹⁷¹¹ Confusamente, a opinião da minoria parece ser a de que, tendo o crime prescrito, não existiria lei ao tempo dos factos. Cf. ECHR, Judgment, Grand Chamber, Dissenting Opinion of Judge Costa joined by Judges Kalaydjieva and Poalelungi, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, para. 44.

subordinados, grau de aceitação prévia dos possíveis excessos, especialmente no que à senhora Krupniks diz respeito. Isto no que diz respeito ao direito da guerra.

Se na terceira parte desta tese já tinham sido avançados vários casos com o objetivo de sublinhar a dificuldade em atingir uma conclusão definitiva relativa à criminalidade de uma conduta em tempo guerra – ou sua correta caracterização – Kononov ‘empurra esta dificuldade’ para um novo estágio, em resultado, não só da incrível quantidade de institutos jurídicos de direito internacional relevantes, como também *daquelas* exigências contraditórias que por vezes resultam da ainda desarmonizada interação das ordens jurídicas nacional com o direito internacional.

Além do realçar desta extrema dificuldade, o outro principal objetivo da análise que se empreendeu em *Kononov* é exposto no ponto seguinte.

2.2. Observações quanto ao princípio da legalidade aplicado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Quanto à atitude algo relaxada da Grande Câmara, perante os factos e o direito a aplicar, só se pode explicar, e apesar da ‘lengalenga inicial’ sobre as extensas derivações e ideias implicadas pelo princípio, à luz do desempenho de uma função que deve deferência para os tribunais nacionais e que é guardiã da existência de uma “base jurídica plausível”. O que quer que isto signifique, com segurança se pode dizer que não equivale ao *nullum crimen*. Talvez se possa dizer que o que o TEDH faz, não é se certificar que o direito à altura dos factos punia criminalmente um determinado ato, mas averiguar da existência de uma ‘possibilidade de direito’. Por outras palavras, apurar se existia uma possibilidade razoável de um tribunal no futuro interpretar o que existia como envolvendo responsabilidade criminal. O que, numa versão mais crua, é muito pouco ou quase nada.

O que parece é que o que o TEDH faz, não é ver se o ato era crime a nível nacional ou internacional, mas se o ato poderia ser considerado crime – a partir das normas nacionais ou internacionais que definem o crime (mas sem contar com o método de interpretação nacional ou internacional) – à luz dos métodos de interpretação que considera vertidos no princípio da legalidade previsto na CEDH. Na verdade, ele não se pronuncia sobre a responsabilidade individual criminal dos requerentes, como o próprio tribunal reconhece *essa não é a sua tarefa*, mas tão-só a de avaliar se – a partir das normas nacionais ou internacionais em causa (excluindo, o princípio da legalidade nacional ou internacional) – era previsível que o ato pudesse ser considerado criminal. Nas suas próprias palavras, o que está em causa é averiguar se a pessoa, se

necessário com a assistência de um advogado, poderia razoavelmente ter previsto que *corria o risco* de ser condenado por um determinado crime¹⁷¹².

O objetivo desta tese não é, nem discutir o princípio da legalidade em vigor no âmbito da CEDH, nem a deferência que o TEDH deve ter para com os tribunais nacionais que adjudicam os casos. Contudo, é de anotar que esse dever – sendo com certeza justificado nos casos em que os tribunais domésticos julgam segundo o direito nacional – já com mais dificuldade se explicará quando em causa esteja aplicação de direito internacional. Assim, não se discutirá o acerto de eventuais decisões do TEDH que – apesar de ‘se darem conta’ de uma violação do princípio da legalidade a nível internacional – não cheguem à mesma conclusão no que diz respeito a uma eventual violação do princípio da legalidade da CEDH.

Fica a consideração, no entanto, de que, mesmo reconhecendo-se o papel limitado do TEDH, é importante que a sua avaliação seja realizada baseando-se da forma mais realista possível no conteúdo da norma jurídica vinculativa para a pessoa ao tempo, incluindo a existência de causas de exclusão da responsabilidade¹⁷¹³, o que, possivelmente, significa que pode ser necessário que o tribunal “mergulhe” na interpretação do direito nacional, e especialmente do direito internacional – se este for o caso – de uma forma mais extensa do que o que é habitual¹⁷¹⁴.

Que o TEDH dê o seu aval a interpretações do direito internacional pelos tribunais nacionais que parecem violar o *nullum crimen* a nível internacional pode ser visto como deferência devida às jurisdições nacionais, como atitude cautelosa em assunto complicado ou, mais impulsivamente, como inadmissível inércia na aplicação dos princípios que estão em causa. O que, no último caso, faz com que o TEDH seja cúmplice em violações do *nullum crimen*¹⁷¹⁵.

Seja como for, as decisões do TEDH – embora importantes para avaliar um conteúdo mínimo do *nullum crimen* enquanto direito costumeiro internacional – não são determinantes, não só em virtude do seu âmbito de eficácia regional, como também

¹⁷¹² Cf., por exemplo, ECHR, Judgment, *Jorgić v. Germany*, 12 de Julho 2007, para. 113

¹⁷¹³ Assim, MARINIELLO, TRIESTINO, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond”, p. 247.

¹⁷¹⁴ Assim, MARINIELLO, TRIESTINO, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond”, p. 247.

¹⁷¹⁵ De referir, no entanto, que por vezes o TEDH chega a resultados bem diferentes em comparação como o resultado a que se chegou em *Kononov II*. Cf., por exemplo, ECHR, Judgment, Grand Chamber, *Case of Korbely v. Hungary*, 19 de Setembro 2008, *passim* e especialmente paras. 84, 94 e 95. Aqui o tribunal encontrou uma violação do seu artigo 7.

porque o princípio de legalidade aplicado não corresponde a um verdadeiro *nullum crimen*.

3. *Nulla poena*

3.1. *Maktouf*

3.1.1. Contexto

Na sequência da sua declaração de independência da Antiga Jugoslávia em Março 1992, uma guerra brutal eclodiu na Bósnia e Herzegovina, tendo mais de 100.000 pessoas sido mortas e mais de 2 milhões deslocadas como resultado de limpeza étnica ou violência generalizada. Durante a guerra, estava em vigor o Código Penal de 1976 em todo o país, e permaneceu em vigor na Federação da Bósnia e Herzegovina até 1998, e na República Srpska até 2000, sendo que, segundo esse código, os crimes de guerra eram puníveis com pena de prisão por um período de 5 a 15 anos ou, para os casos mais graves, com pena de morte, podendo também uma pena de prisão de 20 anos ser imposta, em substituição da pena de morte, e podendo a punição dos cúmplices de crimes a ser reduzida a um ano de prisão. Por sua vez, de acordo com o Código Penal de 2003, os crimes em causa poderiam ser punidos com uma pena de prisão por um período de 10 a 20 anos ou, em casos mais graves, pena de prisão por um período de 20 a 45 anos, e podendo a punição dos cúmplices de crimes a ser reduzida a cinco anos de prisão. Maktouf alegou que o Código Penal de 1976 era mais favorável do que o Código Penal de 2003.

3.1.2. Decisão¹⁷¹⁶ – há violação do princípio da legalidade

Segundo o tribunal como as penas no presente caso estavam na latitude de ambos os códigos não se poderia dizer com certeza se teriam sido aplicadas penas menores caso tivesse sido aplicado o antigo Código, sendo o ponto crucial o de que *poderiam ter sido aplicadas penas menores se o código antigo tivesse sido aplicado*, pois o Tribunal de Estado referiu que a pena de Maktouf deveria ser reduzida para o nível mais baixo possível permitido pelo Código de 2003 e, da mesma forma, Damjanović foi punido com uma sanção próxima do nível mínimo (para. 70). Assim, tendo em conta que existe uma *possibilidade real* de que a aplicação retroativa do Código de 2003 opere em detrimento dos requerentes, não se poderia dizer que *lhes foram oferecidas garantias eficazes* contra a imposição de uma pena mais grave (para. 70).

¹⁷¹⁶ *Maktouf*.

3.1.3. Opinião concordante de Ziemele¹⁷¹⁷ (Kalaydjieva)

O juiz Ziemele observou que *a essência do problema* é a de saber se o princípio fundamental do direito penal em matéria de aplicação da pena mais branda – em que os tribunais têm uma escolha jurídica entre duas opções de punição – *também se aplica em caso de condenação por crimes de guerra*, e se os tribunais competentes da Bósnia e Herzegovina examinaram as suas opções de punição à luz deste princípio (para. 1) e afirmou que a questão do alcance e da natureza do princípio *nulla poena sine lege* em direito penal internacional é *particularmente complexa e não pode ser descartada em poucas linhas* (para. 3).

Contudo, o juiz desviou-se do rumo que antecipou e desconsiderou a essência do problema que identificou, resolvendo a questão com base na consideração de que a abordagem do Tribunal do Estado sobre qual o código a aplicar tem sido errática (para. 5).

3.1.4. Opinião Concordante de Albuquerque (junto Vučinić)¹⁷¹⁸

O juiz Albuquerque sustenta que a proibição da aplicação retroativa das novas infrações penais implica, *logicamente*, a proibição da retroatividade da lei penal mais severa (*lex gravior*) afirmando ainda que, *logicamente*, o princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável (*lex mitior*) é o reverso da proibição de retroatividade da lei penal mais severa pois, se uma lei penal mais severa não se pode aplicar a conduta ocorrida antes da sua entrada em vigor, então uma lei penal mais favorável *tem de ser* aplicada a conduta ocorrida antes da sua entrada em vigor mas que seja julgada após essa data (p. 42).

Arguindo que o princípio da aplicabilidade obrigatória da *lex mitior* está consagrado no direito dos direitos humanos, no direito internacional humanitário e que a prática estatal endossa o princípio, tanto a nível constitucional como legislativo, e acrescentando que *a grande maioria da população mundial beneficia do princípio*, conclui que não só a versão negativa do princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena*), mas também a sua versão positiva (*lex mitior*) são princípios que fazem parte

¹⁷¹⁷ ECHR, Judgment, Concurring Opinion of Judge ECHR, Judgment, Concurring Opinion of Judge Ziemele, *Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia And Herzegovina*, Strasbourg, 18 de Julho, 2013.

¹⁷¹⁸ *Maktouf Albuquerque*.

das regras do direito internacional consuetudinário, obrigatórias para todos os Estados, e são normas perentórias ou jus cogens (pp. 42 a 45).

No que diz respeito ao segundo número do artigo 7 argui que os princípios gerais de direito podem ser uma fonte de direito penal internacional se e quando sejam suficientemente acessíveis e previsíveis na altura dos factos (p. 45), mas considera que a cláusula de Nuremberga e Tóquio não se aplica quando à data dos factos a conduta era punível como crime pelo direito nacional, mas com uma pena menor do que a consagrada em lei ou tratado subsequente (pp. 46 e 47).

3.1.5. Avaliação

3.1.5.1. Considerações preliminares

O tribunal, aparentemente, não se apercebeu do intrincado da questão com que teria de lidar ao abordar o problema como o fez. De forma diferente, o juiz Ziemele apontou para a complexidade da problemática, mas, ao anotar que os tribunais nem sequer procuraram comparar leis e averiguar qual a *lex mitior*, concluiu pela violação do artigo 7. Já o juiz Albuquerque talvez tenha dado um eco estranho a *Naletilić*. Neste caso, foi observado que, mesmo que se admitisse que o artigo 7 era aplicável, a disposição específica aplicável seria o número 2 e não o número 1, o que significaria que a segunda frase do artigo 7 (1) não se aplicaria¹⁷¹⁹, aparentemente admitindo-se assim a imposição de uma pena mais grave do que a prevista no momento do facto, interpretação esta que pareceria em sintonia com aquela que sustenta que este parágrafo permite uma punição por crimes que não existiam no momento do facto¹⁷²⁰, mas que não se compatibilizaria com a interpretação de que os princípios que servem de base à punição têm que existir no momento do facto. A cisão, aberrante¹⁷²¹, operada pelo tribunal, entre a existência de crime, por um lado, e a existência de pena, por outro, parece ligar-se à ideia de que o *nulla poena* não se aplicaria aos casos abrangidos pelo número 2. É esta noção que, em sentido inverso, parece estar subjacente ao comentário do juiz Albuquerque de que o número 2 não se aplica em casos como o de *Maktouf*. O que estaria em sintonia com a sua interpretação do direito internacional como instrumento crucial para o preenchimento das lacunas do direito nacional e remédio para as deficiências mais graves dos sistemas judiciais e de prossecução nacionais¹⁷²².

Poder-se-ia duvidar e discorrer sobre o (des)acerto de cada um destes rumos, mas o que aqui mais interessa é atacar os problemas desconsiderados pelos juízes: o da aplicação direta do direito internacional na ordem nacional e o do *nulla poena* em

¹⁷¹⁹ ECHR, Admissibility decision, *Naletilić v. Croatia*, 4 de Maio 2000, para. 2.

¹⁷²⁰ Se não havia crime, não havia pena para ele previsto.

¹⁷²¹ Cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 222, referindo-se especificamente não à cisão mas à consideração de que o número 1 não se aplicaria.

¹⁷²² *Maktouf Albuquerque*, pp. 41 e 42.

direito internacional. Não esquecendo, e à luz, (d)a sua interação com o dever de perseguir os perpetradores dos crimes internacionais mais graves.

Limitando-se a comparar as penas previstas nos dois códigos em disputa, não consideraram a outra lei aplicável no caso, o direito internacional, que prevê penas para a violação dos seus comandos. Estando essa lei em vigor no momento dos factos, do ponto de vista do *nulla poena* internacional, tudo está em saber se foi aplicada uma pena mais severa do que a (ou do que uma das) em vigor no momento dos factos. Logo, o inquérito não se pode cingir à pena nacional.

Uma alternativa – que também não é a que aqui mais interessa desenvolver – seria a de o tribunal ter anotado que as penas nacionais existentes à época dos factos satisfaziam adequadamente o dever de persecução de crimes internacionais e que, portanto, à partida, teriam prioridade na aplicação relativamente às penas internacionais, pois definidas com mais clareza do que estas. De qualquer forma, a se seguir esta alternativa, sempre quedava a questão de se o *nulla poena* impediria que o estado modificasse as leis nacionais anteriores *contra reum* mas fazendo jus àquele dever. Possivelmente, o TEDH não se deveria imiscuir na questão da prioridade. Repare-se que se o código penal vigente ao tempo dos factos punisse crimes de guerra, por exemplo, só com penas de multa, ou se não os punisse de todo, seguramente que o tema despertaria outro tipo de abordagem, pois ter-se-iam de ‘ir buscar’ penas de prisão a algum lado.

3.1.5.2. A previsibilidade da pena

Mais do que previsibilidade, não só para saber se um determinado ato era punível no momento em que foi cometido, mas também no que diz respeito à punição existente no momento do facto, a versão costumeira do *nulla poena* exige que a pena *exista* no momento do facto. Os requisitos são cumulativos sendo o *nulla poena* também violado quando se aplica uma pena existente no momento dos factos mas cuja aplicação não seria previsível. Por exemplo, se se aceitasse a ideia de que o direito penal internacional prevê para a violação dos seus comandos penais qualquer pena até à pena de morte, não seria previsível a aplicação desta a um caso de cumplicidade menor num crime de abuso de sinais da cruz vermelha que não tenha dado azo a danos de maior, violando a sua aplicação a este caso o *nulla poena*.

De qualquer forma, em abstrato, não se poderia sustentar a não previsibilidade da aplicação das penas que *existiam*, tal como previstas no antigo código, e portanto não existiria à partida qualquer dificuldade ligada ao *nulla poena*. A questão não era assim de *nullum crimen nulla poena* mas de aplicação de *lex mitior*. Este é um problema diferente e que não deveria ser tratado no contexto do *nullum crimen nulla poena*. De qualquer forma, o PIDCP liga expressamente este àquele e o TEDH desenvolve-o também no mesmo contexto, apesar de a CEDH ser silente sobre o problema.

3.1.5.3. Aplicação de direito internacional na ordem nacional

3.1.5.3.1. A transformação e a incorporação

Talvez se possa acompanhar a afirmação de que o começo do fenómeno de implementação do direito penal internacional pelos tribunais nacionais começou com os tribunais americanos que julgaram casos relativos a outros maiores criminosos de guerra à luz da CC10¹⁷²³. Mas tão só se se a temperar com o sublinhado de que já existiam exemplos de implementação do direito internacional em tribunais nacionais¹⁷²⁴ pelo menos em casos de crimes de guerra.

Se se pode aceitar que ao longo de muito tempo a maior parte dos tribunais nacionais se apoiavam nos crime ‘ordinários’ para perseguir crimes de direito internacional¹⁷²⁵ e que é uma realidade que, pelo menos, parte da doutrina rejeita(va)¹⁷²⁶ a aplicação direta de crimes internacionais nos tribunais nacionais¹⁷²⁷ – certamente uma parte de raiz mais de direito continental do que de *common law*¹⁷²⁸, pois existia a

¹⁷²³ Assim, SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 12.

¹⁷²⁴ Assim, *Kononov II*, para. 208.

¹⁷²⁵ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 129, marg. 346.

¹⁷²⁶ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 2 e 3, que considera a rejeição como predominante.

¹⁷²⁷ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 2. Cf., também, *STL Terrorism*, p. 82, para. 133, em que se afirma que a criminalização internacional não é suficiente para as ordens jurídicas nacionais punirem a conduta, mas que o artigo 15 do PIDCP permite, pelo menos, que nova legislação ou, quando admissível, um caso vinculativo, defina um crime, antes já contemplado no direito internacional, que pode ser aplicado a delitos cometidos antes da sua promulgação sem violar o *nullum crimen*, o que implica que é esperado e exigido o conhecimento de que uma determinada conduta é criminalizada no direito internacional, e o que quer dizer que, pelo menos, a partir do momento em que a mesma conduta é criminalizada também na ordem jurídica nacional, uma pessoa pode, assim, ser punida por tribunais nacionais, mesmo por conduta anterior à adoção da legislação nacional.

¹⁷²⁸ Cf., BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction”, pp. 59 a 62, em que se identificava a abordagem anglo-americana de aplicação direta em contraste com a abordagem de outros países, tais como França, Holanda e Noruega. Cf., também, com exemplos de leis de países anglo-

suposição básica de que as normas internacionais de direito penal seriam incorporadas no direito penal nacional dos vários estados¹⁷²⁹ – e que este caso coloca uma dimensão pouco explorada do problema, a verdade é que é desorientadora a forma como o tribunal tratou a questão da aplicação de direito penal internacional a nível nacional.

Em geral, há duas formas de um estado implementar direito internacional: a incorporação e a transformação¹⁷³⁰.

A incorporação tem lugar quando uma regra de direito internacional é integrada na ordem jurídica nacional de modo a que o poder judicial a possa aplicar diretamente¹⁷³¹ e tem lugar através de uma regra de referência, ou seja, uma regra de direito nacional que torna a regra internacional parte da ordem jurídica nacional e que pode ser geral – incorporando uma fonte ou campo de direito internacional no seu todo – ou especial – incorporando uma norma particular ou uma disposição do tratado. A regra de referência pode ser escrita ou não escrita.

A transformação tem lugar quando uma lei nacional, que espelha o conteúdo da regra internacional, transforma a regra internacional numa regra nacional, não sendo a regra internacional, em sentido técnico, aplicada de todo após a transformação.

A incorporação e a transformação não se excluem mutuamente, sendo caso normal que as regras de direito internacional sejam parte da ordem jurídica nacional através de uma regra de referência geral e, ao mesmo tempo, estejam refletidas nas leis nacionais correspondentes.

3.1.5.3.2. Os crimes de direito internacional no direito interno

Dir-se-ia que a fonte da criminalidade substancial (nacional ou internacional) e a designação do crime (ordinário ou internacional) proporcionariam diferentes fundamentos jurídicos para um procedimento criminal – os quais não são facilmente separáveis – podendo o procedimento derivar a criminalidade substancial duma mistura entre o direito nacional e o internacional, por exemplo, dando o direito internacional a definição do crime ao passo que o direito nacional fornece as regras de jurisdição e formas de participação¹⁷³².

Porventura – e apesar de se ser da opinião de que só tem sentido perseguir crimes internacionais à luz do direito internacional e de que há pouco de salutar na teoria que trata o direito penal internacional como direito jurisdicional que autoriza os

saxónicos e outros que incorporam crimes internacionais por referência, PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen and Related Claims*”, pp. 329 e 330.

¹⁷²⁹ *Delalić*, para. 405.

¹⁷³⁰ No que se segue FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, pp. 1 a 87. Com uma classificação diferente, cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 146 a 148, margs. 378 a 386.

¹⁷³¹ Promovendo-se assim a completa implementação da regra internacional, a qual não pode ser modificada.

¹⁷³² Neste sentido, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 18.

estados a encetar procedimentos criminais e que defende que estes têm lugar de acordo com o direito nacional¹⁷³³ –, no debate sobre se é o direito doméstico ou o direito internacional que, na realidade, fornece a substância do direito que é aplicado a criminosos de guerra, a melhor posição é a de que, mesmo se o direito substantivo for concebido como direito nacional, a conduta punida por tal direito só o pode ser se tal for permitido pelo direito internacional¹⁷³⁴.

Assim – passando o foco para ‘o que é’ e deixando ‘o que deve ser’ – os *crimina juris gentium* podem ser objeto de procedimento criminal enquanto crimes ordinários, crimes internacionais definidos na lei doméstica ou através da direta aplicação das infrações internacionais¹⁷³⁵.

No caso de as perseguições, por violações de direito penal internacional nos tribunais nacionais, serem levadas a cabo de acordo com a lei nacional que incorpora o direito penal internacional, pode-se falar de recaraterização do crime de direito internacional como crime nacional¹⁷³⁶. Em termos do princípio da legalidade internacional, não existe problema, mesmo que o ato legislativo nacional que estabeleça a jurisdição ou que defina o crime seja posterior ao momento da prática do facto¹⁷³⁷.

Antes do ETPI a combinação mais comum era provavelmente a seguinte¹⁷³⁸: criminalização do genocídio no plano nacional enquanto crime internacional; regra de referência que assegurava a aplicação direta de direito internacional para os crimes de guerra; criminalização de crimes contra a humanidade no direito penal ordinário.

¹⁷³³ No mesmo sentido, pelo menos no que diz respeito às duas últimas ideias, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 71 e 72, acrescentando que, para cumprimento do princípio da não retroatividade, o direito internacional tem de ser visto, pelo menos, como definindo atos criminais de uma forma que vincula os indivíduos, caso contrário a única forma de vincular os soldados de uma maneira que satisfaça a não retroatividade seria a de considerar que eles estariam sujeitos a, pelo menos, algumas leis dos estados contra os quais eles lutam pelo simples facto do seu *status* de combatentes, informando ainda que esta teoria peculiar nem sequer é considerada nas fontes.

¹⁷³⁴ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 58. Por outro lado, a jurisdição universal sobre crimes internacionais exige que as pessoas tenham aviso de que certos atos são criminais em todo lado, tendo este aviso de vir do direito internacional. Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 371, acrescentando que a recaraterização de crimes internacionais em crimes nacionais pode ocorrer por vezes sem que seja exigido a um estado invocar jurisdição universal, o que pode acontecer quando este trata um crime internacional como crime nacional e declara que está a exercer a sua jurisdição com base nos critérios da territorialidade, nacionalidade, proteção ou personalidade passiva.

¹⁷³⁵ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 17.

¹⁷³⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 369 e 370

¹⁷³⁷ O que foi reconhecido, por exemplo, em *Eichmann e Polyukovich*. Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 370. Cf., também, *STL Terrorism*, p. 82, para. 133.

¹⁷³⁸ Este parágrafo em FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 84. Cf., também, D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, pp. 96 a 105; PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen and Related Claims*”, pp. 331 e 332.

Combinação esta que poderia ser explicada pela complexidade e extensão do direito internacional nos crimes de guerra¹⁷³⁹ e pela ausência de uma definição em tratado de crimes contra a humanidade, ou melhor, pela cacofonia de definições em textos internacionais¹⁷⁴⁰, ao passo que a Convenção sobre o Genocídio providenciava um incentivo à criminalização do genocídio no direito nacional e uma definição facilmente transponível¹⁷⁴¹.

De facto, ao contrário dos crimes de guerra e contra a humanidade, cujas definições evoluíram ao longo dos anos, a definição de genocídio manteve-se intocada¹⁷⁴².

3.1.5.3.3. O *nullum crimen nulla poena* nacional não pode ser obstáculo ao dever de persecução

Como já se avançou, se se chegar à conclusão de que a lei nacional em vigor ao tempo do facto pune de forma adequada os crimes em causa – e por uma suposta questão de aplicação mais clara do direito – *poderá* ser preferível aplicar essa lei. Mas isso deve ser uma decisão tomada a nível nacional, tendo em conta as opções estatais em termos de princípio da legalidade. Ora, no caso, as autoridades da Bósnia tomaram uma opção diferente, a de promulgar um novo código que, em seu entender, persegue de forma mais eficaz e adequada os crimes em causa.

Dir-se-ia que esta decisão nacional teria de ter em conta as exigências internacionais de persecução obrigatória de um *crimina juris gentium*¹⁷⁴³.

E que estariam aqui envolvidos, pelo menos, dois deveres mínimos¹⁷⁴⁴. O exercício de um poder punitivo concreto (julgando-os ou requerendo a sua extradição) sobre os agentes de *crimina juris gentium* praticados nos respetivos territórios, estendendo-se assim a todos esses crimes o dever geral que vale para o genocídio. A concessão de extradição dos agentes de *crimina juris gentium* praticados fora do território estatal, mas que aí sejam posteriormente encontrados ou, caso a extradição deva ser recusada, proceder ao seu julgamento. Ao que

¹⁷³⁹ Cf. as cartas de Nuremberga e Tóquio e a lista extensa do mais recente ETPI.

¹⁷⁴⁰ Cf. HERIK, LARISSA, “Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity”, p. 80.

¹⁷⁴¹ Sobre esta explicação cf. FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, pp. 84 e 85.

¹⁷⁴² Assim, SCHABAS, WILLIAM, “Judicial Activism and the Crime of Genocide”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, p. 77, que informa que a maior parte das legislações nacionais reproduzia o texto da convenção.

¹⁷⁴³ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 230. Sobre a existência do dever de persecução obrigatória relativa aos *crimina juris gentium* cf. FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, pp. 185 a 203.

¹⁷⁴⁴ No que se segue neste parágrafo, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, pp. 382 a 384.

acresceria um terceiro, o de perseguir e julgar os agentes de *crimina juris gentium* praticados fora do território estatal, mas que aí sejam posteriormente encontrados, dever cujo não cumprimento apenas se poderia justificar através do deferimento de um eventual pedido de extradição, estendendo-se assim aos restantes *crimina juris gentium* o dever (costumeiro) que já vale para as violações graves das convenções de Genebra.

Ora, o cumprimento de um princípio da legalidade nacional que vá para além dos requisitos do direito internacional não é razão válida para violar estas obrigações¹⁷⁴⁵.

De facto, por exemplo, se eventualmente uma norma nacional – cujo objetivo seja transpor o direito internacional para o direito interno – desenha uma proibição mais estreita do que a prevista no direito internacional, e se se dá o caso de essa jurisdição nacional ter de julgar um facto que se enquadra no ‘espaço’ que separa as normas então, em princípio, só a aplicação da norma internacional parece ser consentânea com o cumprimento das obrigações internacionais do estado¹⁷⁴⁶. Na verdade, ou não se puniria a pessoa em causa pelo crime internacional cometido ou, por exemplo, só se a puniria por um simples crime contra as pessoas de homicídio em vez de algo que segundo o direito internacional é um crime de genocídio.

Nestes casos, se o princípio nacional da legalidade mais estrito impedir o cumprimento daquela obrigação, o estado possivelmente estará a violar o direito internacional, em resultado do efeito a que conduz a aplicação do seu princípio, a sua falta de implementação e a sua incapacidade para aplicar diretamente o direito internacional¹⁷⁴⁷. E por isso é que, em *Korberly*, o Tribunal Constitucional húngaro avançou que a regulação de direito internacional de crimes de guerra e crimes contra a humanidade afasta o *nullum crimen* vigente nos direitos internos na medida em que pune estes crimes independentemente de eles serem puníveis ao abrigo da lei nacional no momento do seu cometimento¹⁷⁴⁸.

Sendo que a decisão sobre como cumprir as obrigações aqui em causa é da responsabilidade dos estados¹⁷⁴⁹, uma outra questão deveria então ser colocada, a de como justificar – tendo em conta que ele é um direito humano fundamental – que o princípio da legalidade seja desconsiderado em processos por *crimina juris gentium*.

De facto, se se perspetivar a questão no contexto de um ordenamento jurídico em que se permite a punição por crimes internacionais sem lei nacional, o objetivo da tipificação na lei interna dos *crimina juris gentium* só parece poder ser o de garantir

¹⁷⁴⁵ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 230.

¹⁷⁴⁶ Mas, possivelmente em sentido diferente, cf. CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 345.

¹⁷⁴⁷ Em sentido próximo, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 264.

¹⁷⁴⁸ Cf. ECHR, Judgment, Grand Chamber, *Case of Korbely v. Hungary*, para. 18.

¹⁷⁴⁹ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 29, marg. 85.

uma maior certeza aos destinatários das normas¹⁷⁵⁰. Ora, se a norma internacional pudesse ser aplicada para além do âmbito da proibição estabelecido na norma substantiva nacional, esta provocaria o efeito inverso, “ao induzir a ideia falsa” de que o facto não é punível, em “contradição frontal” com a função que deveria cumprir¹⁷⁵¹.

Ao que se responderia que – e apesar de ser correto que o princípio da legalidade no direito penal internacional é diferente dos seus homólogos nos sistemas jurídicos nacionais relativamente à sua aplicação e *standards*¹⁷⁵² –, no que diz respeito à segurança jurídica do indivíduo, ignorar o *nullum crimen* nacional não é problemático, uma vez que o *nullum crimen* internacional permanece aplicável, não havendo razão para que, sendo o princípio internacional da legalidade suficiente para salvaguardar a segurança jurídica do indivíduo em processos internacionais, já não seja suficiente para processos nacionais relativamente aos mesmos crimes¹⁷⁵³.

Ao que se poderia contrapor que a lei do lugar tem sempre um maior poder de determinação que o direito internacional. No entanto, pelo menos no que diz respeito ao núcleo dos *crimina juris gentium* há que duvidar da bondade da afirmação. Há ficções que não parece ter sentido manter. A ideia de que as leis nacionais, ou a sua inexistência, no que diz respeito ao núcleo destes crimes, exerce ‘algum’ poder de determinação, parece ser uma delas. Aliás, é precisamente pelas características universais inerentes aos *crimina juris gentium* que o *nullum crimen* não é ‘tão supostamente robusto’ como muitos *nulla crimine* nacionais. Verdade é que os princípios da legalidade nacionais são geralmente dirigidos para regular persecuções por crimes que não são comparáveis, “em termos de previsibilidade”, aos *crimina juris gentium*¹⁷⁵⁴.

Seja como for, dir-se-ia que a legislação nacional gerou uma ambiguidade que não pode ser resolvida em detrimento das expectativas individuais¹⁷⁵⁵. Mas sempre que a lei nacional não está de acordo com a lei internacional sobre crimes internacionais o mesmo problema se levanta e o direito internacional – com o seu *nullum crimen* e com as suas causas de exclusão ou atenuação da responsabilidade – dá a resposta que é *adequada do ponto de vista internacional*, tendo em conta o caso concreto e qualquer

¹⁷⁵⁰ Assim, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 345, no contexto do ordenamento jurídico português.

¹⁷⁵¹ Assim, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, pp. 345 e 346.

¹⁷⁵² Assim, *Delalić*, para. 405.

¹⁷⁵³ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 266.

¹⁷⁵⁴ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 266.

¹⁷⁵⁵ Assim, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 346.

abalo cognitivo causado pela legislação nacional relativamente à criminalidade da conduta ou até à ‘quantidade de pena’.

Aliás, aplicar a norma internacional com o seu princípio da legalidade internacional – em vez da norma nacional com o seu princípio da legalidade nacional – é mais apropriado se se aceitar que a previsibilidade dos *crimina juris gentium* deve ser julgada, em primeiro lugar, no plano internacional, o que resulta da relevância da lei nacional de implementação ser, em último termo, limitada, pois o direito nacional só pode informar o indivíduo sobre um sistema particular de aplicação entre muitos (pense-se nos regimes jurídicos aplicáveis, não só pelos tribunais internacionais, mas pelos outros tribunais nacionais), além de que os processos nacionais por estes crimes são realizados com frequência contra estrangeiros com base em jurisdição universal – os quais não estão familiarizados com o ordenamento jurídico nacional – sendo talvez ainda mais apropriado, em tais casos, olhar para o direito internacional em vez de para a legislação nacional¹⁷⁵⁶.

Mas mesmo que sejam realizados contra nacionais, ou relativamente a factos territoriais praticados por nacionais ou estrangeiros, também deve ser a norma internacional e o *nullum crimen* internacional a ser aplicado, pelo menos caso a norma nacional não dê implementação adequada ao direito internacional¹⁷⁵⁷.

Concluindo-se que – apesar de as considerações de segurança jurídica deverem ser um forte incentivo para cuidado na interpretação e desenvolvimento dos *crimina juris gentium* –, nos casos em que a criminalidade de um ato esteja bem estabelecida no direito internacional, é necessário ter conta a necessidade de aplicação eficaz do direito penal internacional¹⁷⁵⁸ tendo-se presente, também neste aspeto, a específica natureza do direito penal internacional¹⁷⁵⁹.

As ideias avançadas valem no contexto tanto do *nullum crimen* como do *nulla poena*. Ou seja, se é verdade que os estados não podem estabelecer um *nullum crimen* que, por exemplo, por imposição de critérios estritos de interpretação, impeça a punição adequada dos *crimina juris gentium*, menos não o é que não podem estabelecer um *nulla poena* que, por exemplo, obrigue a aplicar para os *crimina juris gentium* as penas

¹⁷⁵⁶ Este parágrafo em FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 266. O que justificaria que o *nullum crimen* internacional se aplique também nos casos em que se permita, mas não se imponha, o dever de persecução de *crimina juris gentium*. Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 267.

¹⁷⁵⁷ Mas cf. CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 346 que, nestes casos, e no âmbito do ordenamento português, propõe que a norma internacional só deve ser aplicada pelos tribunais portugueses aos factos extraterritoriais, de acordo com as regras do foro (*maxime*, a da universalidade), enquanto aos factos territoriais, só se poderiam aplicar as normas materiais internas para que o erro do legislador não reverta contra as garantias individuais que este precisamente visou tutelar.

¹⁷⁵⁸ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 266, acrescentando que, dadas as características do processo de formação do direito internacional, é claro que o direito penal internacional só pode satisfazer os requisitos mínimos do *nullum crimen* se se quiser que seja efetivo.

¹⁷⁵⁹ Cf. também, *Delalić*, para. 405.

nacionais, mesmo que estas não consubstanciem uma punição adequada para os *crimina juris gentium* ¹⁷⁶⁰.

O que foi dito relativamente aos princípios da legalidade nacionais também vale para o princípio da legalidade da CEDH. Além de que a este nível seria, no mínimo, bastante duvidosa a desejabilidade de que a CEDH estabelecesse um princípio mais estrito do que o *nullum crimen* ou *nulla poena* internacional que se pudesse arvorar em obstáculo à adequada persecução dos crimes internacionais. Enfim, a exigência de cumprimento de um princípio da legalidade no âmbito da CEDH que impedisse os estados de perseguir adequada e eficazmente os *crimina juris gentium* colocaria os estados perante um dilema evitável.

Por outro lado, pode ainda se arguir que a previsão de penas mínimas para os *crimina juris gentium* também ela se pode tornar um obstáculo à persecução adequada de crimes internacionais, pois não há nada que faça presumir que o direito internacional se desinteresse da adequação da punição se esta for ‘desadequadamente mais, e não menos’, punitiva. Possivelmente, o direito penal internacional também se interessa com punições acima do adequado, ideia esta tão próxima do *nullum crimen, nulla poena* internacional. Sendo a conclusão do tribunal nacional a de que não poderia impor uma pena menor em virtude do quadro jurídico nacional – embora uma pena menor fosse mais adequada para uma persecução adequada do crime internacional vertido em lei interna – então, em termos de direito internacional, pareceria que essa lei interna deveria ceder, e o código anterior ou a própria lei internacional, como que em *stand-by*, preencheria o vazio assim criado.

3.1.5.3.4. As vantagens do direito não escrito

A tensão entre fontes internacionais e as exigências do direito penal é algo reconhecido, e pode ser aliviada por uma forma mais direta de legislar – por exemplo, por meio de tratados que inequivocamente criminalizem certos atos e determinem as sanções aplicáveis –, mas sem esquecer que continuará a ser uma característica estrutural do direito penal internacional, pois o direito não escrito manter-se-á sua fonte e os tratados serão sempre enfraquecidos pela necessidade de compromisso ¹⁷⁶¹ – resultante

¹⁷⁶⁰ Possivelmente de forma diferente conferir CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, pp. 249 e 250 que, referindo-se à interpretação do ordenamento português, avança que, se um dia se puser o problema da aplicação direta de normas de direito internacional pelas autoridades nacionais, esta aplicação terá lugar nos limites do quadro sancionatório previsto pela lei nacional.

¹⁷⁶¹ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 266 e 267.

de interesses estatais em competição e das aspirações políticas dos vários estados que têm de ser ajustadas¹⁷⁶² –, o que dá lugar a disposições vagas ou não bem determinadas¹⁷⁶³.

Tanto o costume como os princípios gerais de direito, “fontes não escritas de direito internacional elucidadas judicialmente”, permitem que a adjudicação judicial “acompanhe o passo das mudanças na configuração da violência” que “de longe tomam a dianteira quando em comparação com a vagarosa codificação do direito penal internacional” tanto a nível internacional como nacional¹⁷⁶⁴. De facto, além de que a aplicação de leis locais leva a uma aplicação indesejável de diferentes direitos substantivos, de tal forma que um ato pode ser punido como crime internacional x num estado e não no outro¹⁷⁶⁵, há também que reconhecer que é necessário sublinhar que as deficiências e incongruências na implementação nacional permanecerão uma “caraterística estrutural” do direito penal internacional pois o processo de progressiva criminalização à luz do direito não escrito internacional resiste a uma completa e atempada transformação em direito nacional¹⁷⁶⁶. Na verdade, uma vantagem única do direito penal internacional é que a mudança e a adaptação ao desenvolvimento de novas circunstâncias históricas ocorrem mais facilmente e com maior suavidade do que em sistemas baseados em códigos e outras formas de direito escrito¹⁷⁶⁷.

Quem acreditar que as normas não escritas são impróprias para julgamento, talvez defenda a limitação do direito penal internacional a um conjunto de comandos para os estados e negue o seu *status* de sistema autossuficiente, e então esbarrará com o facto de os estados ainda não se terem mostrado dispostos a caminhar nesse sentido¹⁷⁶⁸.

3.1.5.3.5. Direta aplicação dos *crimina juris gentium*

3.1.5.3.5.1. Aplicação nacionalizada do direito internacional e nacionalização das regras

¹⁷⁶² Assim, HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, p. xii.

¹⁷⁶³ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 8.

¹⁷⁶⁴ Assim, FAN, MARY, “Custom, General Principles and the Great Architect Cassese”, p. 1064. Cf. também, HUNT, DAVID, “The International Criminal Court High Hopes, 'Creative Ambiguity' and an Unfortunate Mistrust in International judges”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, p. 59.

¹⁷⁶⁵ Assim, já, em relação à punição com base em leis locais dos crimes de guerra, BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction”, p. 65, apontando à altura que as dificuldades resultantes só poderiam tornar-se menos problemáticas através da transformação de normas internacionais em normas nacionais correspondentes, de forma aproximada, àquelas.

¹⁷⁶⁶ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, *passim*.

¹⁷⁶⁷ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 9, n. 8. Cf., também, GLASER, STEFAN, “La Méthode d'Interpretation en Droit International Pénal”, p. 769.

¹⁷⁶⁸ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 267.

Tendo em conta o dito até agora já não será surpresa que se defenda que a transposição dos crimes de direito internacional para o direito interno não deve ter lugar¹⁷⁶⁹. De facto, o entendimento normalmente subjacente à aplicação direta das normas substantivas do direito internacional – o de que essa solução protegerá os bens jurídicos em causa de forma mais eficaz¹⁷⁷⁰ – deve ser perspetivado de par com outros, os de que só assim se assegurará uma aplicação mais uniforme do direito penal internacional e se evitarão os problemas que resultam de uma sua deficiente implementação e do seu passo de mudança que o legislador nacional poderá não conseguir acompanhar.

No fundo, a ideia de jurisdição universal de características locais tem a sua origem histórica num período de ainda acentuação da soberania e de um ‘desfasamento’ entre o direito internacional e o direito nacional que já não parece dever ser tolerado. Na verdade, pode-se arguir que o processo de criminalização de conduta individual a nível internacional foi sempre insuficiente e inadequado – não tendo as regras de direito internacional especificado os elementos objetivos e subjetivos necessários para o surgimento de responsabilidade criminal individual¹⁷⁷¹, os diferentes modos de responsabilidade, as possíveis defesas e as penas aplicáveis – o que fez com que os tribunais nacionais encarregados da punição de tais atos tivessem de lhes dar vida, precisando-os e refinando-os, e alicerçando-se para tal nos seus direitos nacionais¹⁷⁷², o que criou desde o início uma aplicação ‘nacionalizada’ de direito internacional.

A esta aplicação juntava-se uma gradual consagração dos costumes da guerra nas leis de guerra dos vários países, ao que se juntou no pós-Segunda Guerra um processo de transposição de regras internacionais para o domínio nacional, através do

¹⁷⁶⁹ Perante as dificuldades criadas pela possível existência de um tipo legal mais estreito no direito nacional português do que o previsto no direito internacional, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 346, avança, com precisão, que, no limite, a transposição daquelas proibições seria sempre inútil e até indesejável.

¹⁷⁷⁰ Assim, CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites*, p. 65.

¹⁷⁷¹ De salientar, por exemplo, que, apesar de a pirataria ser o mais velho dos crimes de jurisdição universal reconhecido ao abrigo do direito internacional consuetudinário, até muito recentemente não havia nenhuma definição com autoridade de pirataria, não tendo sido resolvido, por exemplo, se o *animus furandi* – a intenção de roubar – seria um elemento necessário, se os atos por insurgentes que procurassem derrubar o seu governo estariam abrangidos, e se o ato tinha que ser levado a cabo por um navio contra em outro. Assim, HALBERSTAM, MALVINA, “Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety”, *The American Journal of International Law*, vol. 82, n.º 2, 1988, pp. 272 e 273.

¹⁷⁷² Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, pp. 4 e 5.

qual elas – em consequência de trabalho legislativo escrupuloso – eram adaptadas aos vários ambientes locais, dando lugar a uma ‘nacionalização’ das próprias regras¹⁷⁷³.

De par com um processo que se poderia designar como de “internacionalização da justiça criminal nacional”¹⁷⁷⁴, estas duas ‘nacionalizações’ não se adaptam à própria ideia de que se parte, e daí que, já se pode dizer hoje com alguma confiança – e tendo em conta que, mesmo depois do estabelecimento do TPI, a aplicação do direito penal internacional pelos tribunais nacionais permanecerá a “espinha dorsal” do sistema de justiça criminal internacional¹⁷⁷⁵ – que o processo deve ser revertido e que um juiz local, no que diz respeito aos *crimina juris gentium*, deve poder aplicar as normas internacionais (ou mesmo as normas nacionais correspondentes) de uma forma internacional, agindo assim como um juiz da comunidade internacional¹⁷⁷⁶. O que, num primeiro momento, passa por, pelo menos, permitir a aplicação dos elementos internacionais dos crimes, seus modos de responsabilidade e defesas. O “estupendo impulso” que o recente estabelecimento de TPIs, e em particular o TPI¹⁷⁷⁷, deu ao *corpus* de direito penal internacional¹⁷⁷⁸, e o passo apressado a que se assiste na criação de um corpo de direito que já o é de pleno direito, convocam também o repensar aqui sugerido.

O problema também deve ser colocado ao nível das penas a aplicar, sendo, no mínimo, desadequado que os diversos estados construam molduras penais de ‘estilo nacional’ para os *crimina juris gentium*.

¹⁷⁷³ Um bom e recente exemplo deste fenómeno é o Código Alemão de Crimes contra o Direito Internacional, com a sua ‘desconcertante aplicação nacionalizada’, assunção de que ela é apropriada e consistente com o direito penal internacional, conformação com a doutrina germânica, “desvios menores que funcionam como clarificações”, preocupação com “a manutenção da substância das ‘normas parentes’ internacionais, ao mesmo tempo que se procura fazer justiça ao requisitos constitucionais do princípio da legalidade”, “clarificações que em alguma medida tornam mais estrito o âmbito de comportamento criminal em comparação com o Estatuto do TPI”, etc. Cf., embora com perspectiva positiva relativamente ao fenómeno específico, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 30, marg. 87 e pp. 155 a 161, margs. 407 a 422.

¹⁷⁷⁴ Assim, D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 57.

¹⁷⁷⁵ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 145, marg. 374.

¹⁷⁷⁶ Em *Korbely*, o Tribunal Constitucional húngaro afirmou que, no contexto destes crimes, é de facto o poder penal da comunidade internacional que está a ser exercido, sob condições e garantias previstos pela comunidade das nações, através do poder penal do estado húngaro. ECHR, Judgment, Grand Chamber, *Case of Korbely v. Hungary*, para. 18. De forma aparentemente diferente, sublinha-se a necessidade de uniformização ao nível das normas criminais, processos de cooperação, penas e normas processuais aplicáveis tanto a jurisdições nacionais como internacionais. Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *International Criminal Law*, New York, Trans-national Publishers, 2003, p. 682 *apud* D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 61.

¹⁷⁷⁷ Sobre a desejabilidade de incorporação das normas do ETPI nas ordens jurídicas internacionais, cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 144 a 146, margs. 374 a 376.

¹⁷⁷⁸ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p.7.

3.1.5.3.5.2. Um exemplo ao contrário – *Jorgić*

3.1.5.3.5.2.1. Decisão¹⁷⁷⁹ – a intenção de destruir um grupo enquanto unidade social também é genocídio

O tribunal foi confrontado com a questão de saber se a interpretação dos tribunais nacionais do crime de genocídio, no direito alemão – nomeadamente no que diz respeito à genocida intenção de destruir – de modo a compreender os atos do requerente cometidos no curso da limpeza étnica na Bósnia e Herzegovina, é *coerente com a essência da ofensa* e podia ter sido *razoavelmente prevista* pelo requerente à data dos factos (para. 103).

Considerou que a interpretação dos tribunais nacionais relativamente à intenção de destruir um grupo, no sentido de que não é necessária uma destruição física do grupo, *se encontra abrangida pelo texto, lido no seu contexto, do crime de genocídio no Código Penal e não parece ser irrazoável* (para. 105), valendo o mesmo raciocínio para a interpretação do texto da Convenção sobre o Genocídio (para. 106), afirmando ainda que os atos do requerente, cometidos no curso da limpeza étnica na região de Doboij, com a intenção de destruir o grupo de muçulmanos como uma unidade social, *poderiam razoavelmente ser considerados como abrangidos pelo âmbito do crime de genocídio* (para. 108).

Ao decidir, em segundo lugar, *se a interpretação dos tribunais nacionais do crime de genocídio poderia ter sido razoavelmente prevista pelo requerente* à data dos factos, o tribunal observou que o recorrente é a *primeira pessoa a ser condenada* por genocídio pelos tribunais alemães à luz do artigo 220a, o que o leva a considerar que – e certamente com C.R ‘em mente’¹⁷⁸⁰ –, ao contrário de casos relativos a uma reversão de jurisprudência pré-existente, *uma interpretação* do alcance da infração que era – como o seria no caso em análise – compatível com a essência da infração deve, como regra, *ser considerada como previsível* (para. 109).

Enfim, asseriu que, embora muitas autoridades – incluindo o TPIAJ – tenham favorecido uma interpretação restritiva do crime de genocídio, outras tinham interpretado o crime de genocídio *da mesma forma ampla que os tribunais alemães*, concluindo que o recorrente – se necessário com a assistência de um advogado – poderia razoavelmente ter previsto que *corria o risco* de ser acusado de genocídio (paras. 110 a 113).

3.1.5.3.5.2.2. Apreciação

¹⁷⁷⁹ ECHR, Judgment, *Jorgić v. Germany*, 12 de Julho 2007.

¹⁷⁸⁰ Cf. *infra* Parte V, 1.2. e 2.1.2.2.

O facto de o “genocídio cultural” ser um fenómeno que foi especificamente excluído da Convenção sobre o Genocídio¹⁷⁸¹ não é decisivo, embora a tomar em conta. De qualquer forma, não há como escamotear que tudo é uma questão de interpretação e que o problema não existe só porque existe uma lei nacional de incorporação. Contudo, além de parecer que esta diminui o nível de exigência para considerar um ato como genocídio¹⁷⁸², o que é de realçar é que, neste momento, o problema surge sob uma veste diferente da que tem sido sublinhada até agora, pois a lei nacional não seria aqui mais restrita, mas mais ampla, que a internacional¹⁷⁸³. Ora, também aqui, e sendo uma lei de incorporação, não parece ter sentido ela possivelmente ‘pretender’ ser mais lata que o direito internacional e estabelecer um genocídio de características locais. Se é um crime internacional assim deve ficar e as leis locais só servem para potenciar a possibilidade de que assim não fique¹⁷⁸⁴, pois não é inimaginável que os tribunais alemães, mesmo tendo em conta as interpretações dos tribunais internacionais, continuem a aplicar a sua interpretação doméstica de genocídio¹⁷⁸⁵.

3.1.5.4. *Nulla poena, lex gravior e lex mitior*

Há que comentar a afirmação de que a proibição da aplicação retroativa das novas infrações penais implica, *logicamente*, a proibição da retroatividade da lei penal mais severa. Desejável que seja o resultado que se busca, não parece existir uma inferência puramente lógica entre a premissa e a conclusão¹⁷⁸⁶. Além de que não se deve

¹⁷⁸¹ Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 171. RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 32. De qualquer forma, o tribunal referiu-se à destruição do grupo enquanto “unidade social”. Cf., também, sobre a diferença entre a destruição aqui em causa e o chamado “genocídio cultural”, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 294, margs. 784 a 786.

¹⁷⁸² Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, pp. 26 e 27.

¹⁷⁸³ Outras leis nacionais incluem os grupos políticos como podendo ser objeto de genocídio. RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 36, acrescentando que os esforços para expandir a lista de grupos protegidos foram rejeitados na Conferência de Roma que criou o TPI.

¹⁷⁸⁴ Cf., também, sobre a legislação americana sobre o Genocídio, a qual é mais detalhada do que a Convenção sobre o Genocídio e impede os EUA de implementar as suas obrigações convencionais, PAUST, JORDAN, “*Nullum Crimen and Related Claims*”, p. 1997.

¹⁷⁸⁵ Acentuando a necessidade de interpretar a legislação de implementação de uma forma favorável ao direito penal internacional cf. WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 151, marg. 393. Cf., também, a um outro propósito, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 148, n. 904, anotando que os estados não estão autorizados a perseguir crimes com base em jurisdição universal em casos em que a penalização doméstica vai para além do direito costumeiro internacional, o que sucede, por exemplo, com as disposições de algumas leis que penalizam como genocídio certos crimes contra grupos sociais ou políticos. Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 301, marg. 804.

¹⁷⁸⁶ Por exemplo, possivelmente, se houvesse um drástico aumento da esperança média de vida dos seres humanos, ter-se-ia de pensar em ajustar as penas aplicadas a esta circunstância.

esquecer que a primeira proibição só se aplica se isso resultar *contra reum* e que uma pena nova pode ser aplicada retroativamente se mais favorável ao arguido.

Esta primeira nota é particularmente importante para um correto entendimento da relação entre o *nulla poena* e o *lex mitior*, pois não é correta a afirmação de que, *logicamente*, o princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável (*lex mitior*) é o reverso da proibição de retroatividade da lei penal mais severa. Por muito que a ideia imbuída nesta afirmação possa ser resultado da forma como as duas ideias andam ligadas é avisada a advertência de que a proibição de sanções mais pesadas não deve ser confundida com a aplicação obrigatória de sanções mais leves adotadas após o crime pois, enquanto as duas são com frequência agrupadas, elas são distintas¹⁷⁸⁷.

São distintas e não são o reverso uma da outra, pois a ideia de que não se pode punir alguém por um crime, ou com uma pena mais severa, não existente no momento dos factos, tem um fundamento próprio, distinto e que não é o reverso do fundamento que serve à ideia de que o arguido deve beneficiar de uma descriminalização, ou da adoção de sanções mais leves. Se a implicação entre uma e outra ideia pode ser arguida em determinados quadros jurídicos constitucionais, ou mesmo a nível de instrumentos de proteção de direitos humanos e tradições constitucionais comuns, não se pode dar o salto para a sua universalidade sem um escrutínio mais rigoroso.

No contexto de direito internacional e, nomeadamente, do direito do conflito armado, a ideia subjacente ao *lex mitior* tem que ser encarada com muita relutância, pelo menos se se tomar este direito como um ramo de direito normal que está sujeito a mudança e em que se coloca portanto o problema de o agente beneficiar com uma mudança da lei. Abordagem diferente se se olhar para ele como uma espécie de direito temporário cuja aplicação não está sujeita à *lex mitior*.

Imagine-se que a lei aplicável em matéria de danos colaterais muda, no sentido de expansão de permissão de danos colaterais. Não se vê que um superior que tenha ordenado uma operação que ao tempo seria considerada criminosa, pois os danos colaterais seriam considerados excessivos relativamente à vantagem militar antecipada, tenha *logicamente* de beneficiar de uma qualquer *lex mitior* nesta matéria. Ou imagine-se o caso de Kononov. A se considerar o seu comportamento criminoso à data, nomeadamente em virtude de não se poder considerar os aldeões como objetivos militares legítimos, não se vê que qualquer mudança na lei – em sentido de considerar pessoas naquela situação como combatentes e objetivos militares legítimos – tivesse de *logicamente* beneficiar Kononov. Ou, mais em geral, que uma qualquer

¹⁷⁸⁷ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, pp. 248, n. 1465.

redução do âmbito dos crimes de agressão, crimes de guerra e crimes contra a humanidade aplicáveis ao tempo da Segunda Guerra tenha de beneficiar os que cometeram esses factos *durante* essa guerra¹⁷⁸⁸.

Quanto ao carácter de *jus cogens* do *lex mitior* basta apontar a reserva dos EUA a aplicar tal regra – e o não protesto de ninguém contra tal – para, naturalmente, tal ideia ser difícil de defender¹⁷⁸⁹. A China não tem uma versão sólida do princípio¹⁷⁹⁰. Provavelmente a regra não se pode sequer considerar como direito costumeiro¹⁷⁹¹.

3.2. O conteúdo do *nulla poena*

3.2.1. O *nulla poena* e a justiça e igualdade de tratamento na punição

3.2.1.1. A prática dos estados

Partindo dos movimentos ocorridos em vários países para reformar as leis relativas à punição, iniciados na década de 1970, que ganharam força ao longo das duas últimas décadas e que ocorreram tanto em países de direito continental como de *common law* – e salientando-se que estas reformas transcendem a tradicional dicotomia entre sistemas jurídicos baseados num sistema adversarial e inquisitorial, e que um elemento comum que emerge, a partir desses movimentos, é a preocupação em alcançar a justiça e a igualdade de tratamento na punição – sustenta-se que isto reflete uma abordagem mais ampla ao *nulla poena*¹⁷⁹².

Por outro lado, afirma-se que, embora historicamente as tradições de *common law* tivessem permitido que a lei escrita incluísse lei feita pelos juízes, os EUA e a maioria dos países do *common law* – com a Escócia possivelmente como a única exceção – seguem a abordagem continental do *lex scripta*, como demonstrado pela prática de se fundarem em *statutes* para a aplicação de sanções penais, o que levaria à

¹⁷⁸⁸ Possivelmente em sentido oposto ICTY, Sentencing Judgment, *Prosecutor v. Tadić*, 14 de Julho 1997, para. 9.

¹⁷⁸⁹ No sentido do texto, possivelmente, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 208. Adivinha-se que uma investigação mais aprofundada revelará práticas semelhantes, principalmente em países de *common law* e países de sistema dualista no que diz respeito à incorporação de direito internacional e que ainda não tenham incorporado as normas do PIDCP. 50 países têm o *lex mitior* na Constituição e mais 19 têm leis que o preveem. Cf. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 272, alertando para que, quanto a estas leis, o modo como a pesquisa foi conduzida pode ter deixado escapar algumas leis, mas que a amostra deve ser representativa.

¹⁷⁹⁰ Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 273, apontando ainda o caso suíço.

¹⁷⁹¹ Neste sentido, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 356.

¹⁷⁹² ASSIM, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 99, n.º 4, 2009, p. 863.

conclusão de que a *lex scripta* exige que a lei seja escrita e prevista pelo legislador, limitando assim o *nulla poena* o uso do costume para a determinação da punição¹⁷⁹³.

O *lex certa* exigiria que a lei que autoriza a natureza (forma) e o grau (gravidade) da punição fosse específica, definida e clara, o que incluiria a especificação do tipo de punição que um juiz é (e não é) autorizado a impor a um acusado, a diferenciação entre o máximo específico (gravidade) aplicável a diferentes crimes, além de que a lei deveria também distinguir entre diferentes formas de participação na conduta criminosa, como o cometimento, a tentativa, a cumplicidade, e assim por diante¹⁷⁹⁴.

No contexto do *nullum crimen*, os autores de tradição de direito continental descrevem o elemento *lex stricta* como a proibição de interpretação por analogia, enquanto os juristas da tradição do *common law* explicam o *lex stricta*, de modo mais geral, como a exigência de interpretação estrita, o que incluiu a noção de que as leis penais não devem ser interpretadas extensivamente em detrimento do acusado, concluindo-se que enquanto o componente de *lex stricta* do *nullum crimen* proíbe a expansão do direito penal por analogia, de modo a só compreender conduta “dentro da lei”, o atributo de *lex stricta* do *nulla poena* proibiria a substituição por uma pena alternativa através do uso da analogia¹⁷⁹⁵.

Apoiando-se em *Baskaya*, em que se afirmou que, não só os crimes, como também as sanções, devem estar claramente definidas na lei, sustenta-se que o TEDH adotou uma abordagem ampla ao *nulla poena*, vendo-o não apenas como um princípio de proteção, mas também como um princípio de qualidade da lei e que – embora o caso envolvesse uma situação em que poderia ser difícil construir leis com precisão absoluta e em que um certo grau de flexibilidade pudesse ser justificado – não hesitou em aplicar um *standard* estrito relativamente ao *nulla poena* e rejeitou o uso da analogia para a fixação de uma pena mesmo tendo o *nullum crimen* sido respeitado¹⁷⁹⁶.

Depois de se avançarem exemplos de prática estatal e *opinio iuris* sobre o *nulla poena*, defende-se ainda que estes sugerem que o direito costumeiro internacional reconhece uma regra sobre o *nulla poena sine lege* que contém uma significativa

¹⁷⁹³ Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, p. 865.

¹⁷⁹⁴ Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, p. 865.

¹⁷⁹⁵ Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, p. 866.

¹⁷⁹⁶ Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, p. 869.

qualidade de *lex certa*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex praevia*¹⁷⁹⁷, clarificando-se que a prática estatal, como demonstrada pela legislação nacional de uma esmagadora maioria dos estados, juntamente com expressões estatais de *opinio iuris*, indicam fortemente que os princípios jurídicos do *lex scripta* e *lex certa* podem ser considerados como parte da norma internacional *nulla poena* e, que além disso, os quatro princípios subjacentes ao *nulla poena* podem ser considerados como princípios gerais de direito e, por conseguinte, parte do seu caráter internacional¹⁷⁹⁸.

Argui-se também que o julgamento de Nuremberga discute longamente a questão do *nullum crimen*, mas oferece pouca ou nenhuma análise do *nulla poena* e, por conseguinte, enquanto o precedente Nuremberga serve como ilustração do tratamento do princípio da legalidade por um tribunal internacional, a sua utilidade como fonte de direito internacional resultante de uma decisão judicial seria limitada ao *nullum crimen*¹⁷⁹⁹.

E que, em *Erdemović*, a análise parece ser mal colocada, pois indevidamente enquadrada a questão como um inquérito sobre a punibilidade, em vez de sobre a determinação da própria pena, decorrendo o erro de raciocínio do argumento de que a interpretação e aplicação da disposição de direito nacional, à luz do princípio *nulla poena*, resultaria em *não reconhecer a natureza criminosa* dos crimes cometidos pelos acusados, o que seria simplesmente incorreto, pois aplicar a norma de direito nacional, de acordo com o *nulla poena* não significa, como o tribunal teria sugerido, que o arguido não fosse punido¹⁸⁰⁰. E a crítica estender-se-ia a *Delalić*, em que o tribunal teria limitado o inquérito a saber se o *nulla poena* exige uma adesão estrita ao direito nacional¹⁸⁰¹.

Se se ampliasse o discurso sobre *nulla poena* e se abraçasse a sua *função de justiça positiva*, tais como *garantir a igualdade perante a lei*, *a consistência na punição e a justiça na distribuição de punição por atrocidades em massa*, então poder-se-ia perceber que o *nulla poena* ainda tem muito a oferecer ao direito penal internacional¹⁸⁰².

3.2.1.2. Crítica

Não se acompanha esta visão sobre as “dimensões positivas” do conceito. O *nulla poena* serve para defender a pessoa. É isso que resulta da origem histórica do conceito e da sua consagração nos instrumentos de proteção dos direitos do homem. A

¹⁷⁹⁷ Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, p. 869.

¹⁷⁹⁸ Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, pp. 883 e 884.

¹⁷⁹⁹ Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, p. 884.

¹⁸⁰⁰ Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, pp. 890 e 891.

¹⁸⁰¹ Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, p. 904.

¹⁸⁰² Assim, SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice”, p. 927.

previsão de penas mais específicas, molduras penais, etc. – para os crimes, em geral, e para os crimes internacionais, em particular – pode ser considerada desejável por razões de maior clareza, igualdade ou/e uniformidade na aplicação do direito. Todas estas razões, no entanto, tanto podem apontar no sentido de uma diminuição como de um aumento da pena.

Que isto possam ser consequências do facto de não se poder impor uma pena não superior à prevista no momento do facto – e assim o *nulla poena* poder contribuir para uma melhor realização daquelas finalidades – é discutível, mas em todo o caso não as torna parte do *nulla poena*. O evitar que alguém seja punido com uma pena superior à prevista no momento do facto é onde reside a sua imprescindibilidade. Subverter esta natureza com o apelo a ideias mais gerais de justiça, igualdade, etc., pode até contribuir para o enfraquecer.

De qualquer forma, o dito não invalida que aquelas ideias de igualdade, justiça, etc. possam desempenhar um papel no âmbito do próprio conceito, quando, por exemplo, como reflexo de ideias de igualdade e justiça, se argui que uma determinada pena, por exemplo, a pena de morte, não estava disponível no momento do facto para o crime concreto, pois o agente seria um mero cúmplice. O direito vigente no momento do facto não preveria uma pena de morte para um caso menor, a pena máxima disponível para tal caso não seria a pena de morte. Desde que a questão seja sempre colocada sob a perspectiva de proteção da pessoa acusada, e não de ideias mais abrangentes de realização *tout court* de justiça e igualdade, não parece ser de rejeitar a permeabilidade do *nulla poena* a estas ideias.

A ideia de que resulta do costume internacional que a fonte ‘costume internacional’ não pode ser fonte de sanções é incorreta. Talvez admitindo-se que os tribunais de guerra nunca explicaram com clareza a fonte das penas, o que de qualquer forma parece passar despercebido na tese que se critica é que o próprio direito internacional prevê penas, as *penas mais graves*, e que o recurso ao direito nacional significaria *não reconhecer a natureza criminosa universalmente ligada* aos crimes em causa. É esta ideia que, de forma mais ou menos explícita, subjaz aos trechos que se seguem.

“Poder-se-ia argumentar que a referência à prática geral das penas de prisão é requerida pelo *nullum crimen nulla poena sine lege*. Mas justificar a referência a esta prática por este princípio significaria não reconhecer *a natureza criminosa universalmente ligada aos crimes*

contra a humanidade ou, na melhor das hipóteses, *tornaria tal referência supérflua* [...] Tendo-se já demonstrado que os crimes contra a humanidade estão firmemente estabelecidos na ordem jurídica internacional e que lhes têm sido aplicadas *as penas mais severas*. Seria por isso *um erro interpretar tal referência* como dizendo respeito ao princípio da legalidade codificado no Artigo 15 (1) do PIDCP [...]. Além de que se teria de ter em conta ainda o Artigo 15 (2) [...]”¹⁸⁰³.

“Não pode haver dúvida de que a pena máxima permitida à luz das Regras – a prisão para o resto da vida de uma pessoa condenada – para crimes perseguidos perante o Tribunal, e qualquer punição inferior, não viola o princípio *nulla poena*, não podendo haver dúvida de que o acusado tem de ter tido conhecimento do facto de que os crimes pelos quais é acusado constituem as mais graves *violações do direito internacional humanitário, puníveis com as penas mais severas*”¹⁸⁰⁴.

Quanto aos *crimina juris gentium*, especificamente, pode-se aceitar que há bastante autoridade para as proposições de que uma ampla indicação da punição aplicável é suficiente para a satisfação do *nulla poena* ou que a esses crimes, por definição, são aplicáveis as (até às) mais altas penas disponíveis, o que no fundo equivale a um dilatado campo de discricionariedade para os tribunais, além de que há apoio considerável para a proposição de que os *crimina juris gentium* podem ser punidos com recurso às penas previstas nos crimes comuns relevantes¹⁸⁰⁵.

Vários estados defendem uma abordagem mais rigorosa relativamente às sanções aplicáveis, mas no presente estas perspectivas são “aspirantes” pois, além de os instrumentos de proteção de direitos humanos não exigirem especificidade relativamente às penas a aplicar – a não ser que não se podem aplicar penas mais elevadas dos que as previstas no momento do facto – muitos estados, tradicionalmente, aceitam uma indicação da pena mínima aplicável ou mesmo, especialmente em países de *common law* e de direito islâmico, a aplicação de penas mesmo quando a lei é silente quanto à específica pena a aplicar, e muitos estados estabelecem molduras penais muito

¹⁸⁰³ ICTY, Sentencing Judgment, *Prosecutor v. Erdemović*, 29 de Novembro 1996, para. 38.

¹⁸⁰⁴ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Delalić*, 20 de Fevereiro 2001, para. 817.

¹⁸⁰⁵ Assim, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 255. Cf., também, D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 290, arguindo que a parte *lex praevia* do *nulla poena*, mas já não o *lex certa*, está implementada por completo no direito internacional. A ideia subjacente à observação da autora merece um comentário. Repare-se que, por exemplo, um sistema em que as molduras penais para crimes sérios variem entre 10, 15 ou 20 anos até à pena de morte parece ter mais *lex certa* que um sistema em que todos esses crimes sérios são punidos com qualquer pena até à morte. Ora, no que ao *nulla poena* poderia interessar este último é, à partida, até mais benéfico. E por isso tanto, ou mesmo mais, ‘certo’ para o que ao arguido interessa é a certeza quanto à pena máxima. A nível internacional, e do ponto de vista do *nulla poena*, se é que este deve ter um ponto de vista sobre tal assunto, nenhuma imposição de mínimos deve ser arguida, pois seria direito pior para o arguido.

amplas, além de que a prática de tribunais nacionais e internacionais está em sintonia com uma abordagem minimalista¹⁸⁰⁶.

A ideia de que o direito internacional estabelece a criminalidade da conduta, mas que a pena a aplicar deveria ser a prevista pelo direito nacional, pois mais específica, até se pode defender, mas somente se a pena prevista pelo direito nacional for adequada, permanecendo a pena prevista pelo direito internacional sempre em *stand-by*, e não deixando de existir pelo facto de se preferir a aplicação da pena nacional, que assim não é mais do que uma forma de implementação da pena internacional. Ou, de forma ligeiramente diferente, quando o direito internacional não prevê uma sanção com suficiente clareza, pode-se determinar a punição com base no direito penal nacional¹⁸⁰⁷. No fundo, o direito internacional não se importa com esta ficção se isso não representar uma rutura significativa do seu próprio alcance em termos de punição.

3.2.2. O *nulla poena* não se aplica

No fim da Primeira Guerra, o Relatório da Comissão tinha proposto que a pena para as violações das leis e costumes de guerra e das leis da humanidade pudesse ser a punição ou punições que pudessem ser impostas para tal infração ou infrações por qualquer tribunal em qualquer país representado no tribunal ou no país do condenado¹⁸⁰⁸, proposta esta que corporizaria um *nulla poena* muito murcho pois é difícil de imaginar que uma pessoa entenda que a lei mais dura, de um qualquer de entre as previstas por uma série de estados, lhe pode ser aplicada e ainda menos que saiba qual ela é¹⁸⁰⁹.

Talvez em alguma linha de continuidade com o que estaria implícito na proposta da Comissão, poder-se-ia arguir que, como os estatutos do TPIAJ e TPIR não estabelecem penas específicas para os crimes que preveem, ter-se-ia de levantar, neste âmbito, a questão de um possível desrespeito pelo princípio¹⁸¹⁰. E dir-se-ia que, como o *nulla poena* tem como objectivo a satisfação de um certo grau de certeza no que diz respeito à punição – pois os indivíduos têm que saber o que podem esperar caso sejam

¹⁸⁰⁶ Esta parágrafo em FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, pp. 248 a 256.

¹⁸⁰⁷ Cf. *Kononov II*, para. 212, referindo-se a crimes de guerra. Cf., também, LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations”, p. 62.

¹⁸⁰⁸ COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, p. 122.

¹⁸⁰⁹ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 57, aventando ainda uma outra interpretação, mais amiga do *nulla poena*: a de que a lei nacional mais dura seria permitida pelo direito internacional em virtude da existência de penas de morte de direito costumeiro.

¹⁸¹⁰ Levantando a questão BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p. 176.

considerados culpados de um crime particular – o princípio não poderia ser completamente reproduzido a nível internacional, não dando azo a um direito individual¹⁸¹¹.

De forma similar, afirma-se que, o facto de em algumas instâncias ter sido reconhecido que o direito internacional comporta a pena de morte, não deixa entrever como é que um pleito de *nulla poena* possa alguma vez ter êxito¹⁸¹². E explica-se que o insucesso se deve à circunstância de que nenhuma privação da liberdade pode consubstanciar uma pena mais pesada do que a pena de morte¹⁸¹³.

Por vezes, a jurisprudência parece ter ido ainda mais longe. Em *Tadić*, o juiz Cassese avançou que o princípio *nulla poena sine lege praevia poenali*, que é geralmente reconhecido na maioria dos sistemas jurídicos nacionais, ainda é inaplicável no direito penal internacional¹⁸¹⁴. Em *Delalić*, de forma estranha, afirmou-se que *nullum crimen sine lege* é um conceito que se baseia na existência de direito aplicável e que o facto de a nova punição máxima exceder o máximo anterior não ofende o princípio¹⁸¹⁵. Embora em sentido literal exata, a asserção parece sugerir que se pode aumentar a punição *ex post facto*.

3.2.3. O *nulla poena* existe – uma primeira resposta à teoria anterior

3.2.3.1. Existe mas escondido

O que estaria subjacente a estas ideias seria a opinião de que, se a pena para os *crimina juris gentium* de direito internacional é qualquer coisa até, e incluindo, morte – exceto a tortura e outros tratamentos cruéis e degradantes que são sempre inaceitáveis e ilegais – não parece que o *nulla poena* interesse¹⁸¹⁶.

¹⁸¹¹ Neste sentido, ZAPPALÀ, SALVATORE, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, 2003, pp. 196 e 197.

¹⁸¹² Assim, LAMB, SUSAN, “Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law”, Cassese/Gaeta/Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Oxford, 2002, pp. 757 e 758.

¹⁸¹³ Neste sentido, SCHABAS, WILLIAM, “Perverse Effect of the nulla poena principle”, p. 523.

¹⁸¹⁴ ICTY, Judgment in Sentencing Appeals, Separate Opinion of Judge Cassese, *Prosecutor v. Tadić*, 26 de Janeiro 2000, para. 4, acrescentando que o princípio é claramente destinado a alcançar três objetivos principais: especificar o grau variável de reprovação ou condenação pela ordem social de certos casos de mau comportamento, sendo que, claramente, quanto mais uma conduta é considerada condenável, mais pesada a pena imposta às pessoas envolvidas nessa conduta; assegurar a segurança jurídica, reduzindo o poder discricionário dos tribunais; garantir alguma uniformidade e harmonização relativa na aplicação de penas. Vale a pena notar que os principais objetivos do *nulla poena* – tal como identificados pelo juiz Cassese – também se referem à tal suposta sua função de justiça positiva advogada por Dana.

¹⁸¹⁵ *Delalić*, paras. 1210 a 1212.

¹⁸¹⁶ Esta formulação em GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 388 e 389.

Já em sentido diferente, avança-se que há um direito internacional geral relativo à punição dos *crimina juris gentium* de penas até a prisão perpétua ou pena de morte, estando também disponíveis multas e confisco de propriedade, e que os únicos crimes a que estas regras não se aplicam são os crimes recaracterizados do direito nacional para crimes de direito internacional humanitário, relativamente aos quais a única punição disponível é aquela vigente na lei nacional no momento da prática do facto¹⁸¹⁷. Ao que se aqui se acrescentariam as penas resultantes dos princípios gerais de direito comuns.

E anota-se que, sendo que o projecto do direito penal internacional depende do respeito por normas de direitos humanos, é mais útil demonstrar respeito pelo *nulla poena* do que meramente defender que ele não se aplica, rematando-se que, à medida que o sistema amadurece, emergirão limites mais estritos que permitem um melhor entendimento do *nulla poena*¹⁸¹⁸.

3.2.3.2. Uma segunda resposta

Na sua essência, a tese anterior é de sufragar. Ainda devem ser defendidas algumas ideias adicionais. Por um lado, existem ‘punições’ relativamente às quais não há dúvida de que não estão disponíveis no direito internacional – a tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes – o que deveria ser suficiente para alertar de que a sua aplicação violaria não só a regra que as proíbe como o *nulla poena*¹⁸¹⁹. Ou seja, a afirmação de que a regra em direito costumeiro é a de que qualquer pena está disponível, não parece correta.

Os tribunais internacionais dedicam (às vezes, poucas) páginas à individualização da pena, levando a cabo esta tarefa, não só no sentido de que estão a cumprir um dever jurídico de aplicar a pena adequada e justa, mas também – de forma possivelmente inadvertida e implicitamente – de que não podem aplicar uma pena maior do que a disponível no momento do facto.

3.2.3.3. Algumas concretizações

O tribunal terá o direito de impor a um réu, em caso de condenação, morte ou outra qualquer punição como determinada pelo tribunal como sendo justa (artigo 27 da Carta).

¹⁸¹⁷ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 387.

¹⁸¹⁸ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 388 e 389.

¹⁸¹⁹ GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 388, parece intuir este alerta.

Além de qualquer punição imposta, o tribunal tem o direito de privar o condenado de qualquer propriedade roubada e ordenar a sua entrega ao Conselho de Controle para a Alemanha (artigo 28 da Carta).

Em caso de culpa, as penas devem ser executadas de acordo com as ordens do Conselho de Controle para a Alemanha, o qual poderá, em qualquer momento, reduzir ou alterar as penas, mas não poderá aumentar a sua gravidade (Artigo 29 da Carta).

Qualquer pessoa declarada culpada de qualquer dos crimes acima mencionados pode ser punida como determinado pelo tribunal ser justo. Tais penas podem consistir em uma ou mais das seguintes: (a) morte (b) prisão perpétua ou um termo de anos, com ou sem trabalho forçado (c) multas, ou prisão com ou sem trabalhos forçados, em seu lugar (d) perda de bens (e) restituição de bens ilicitamente adquiridos (f) privação de alguns ou de todos os direitos civis (artigo II (3) CC10).

As disposições da Carta parecem admitir qualquer pena¹⁸²⁰, o que leva à afirmação de que esta disposição representa sem dúvida a formulação mais infeliz da Carta¹⁸²¹. Deve-se sublinhar que as regras de determinação da pena dos modernos TPIs não são muito mais sofisticadas. O próprio TPI tem umas ‘tantas regras que são ‘generalidades e que acrescentam pouco’¹⁸²².

O juiz determina a pena a aplicar tendo em conta os elementos de prova e as exposições relevantes produzidos no decurso do julgamento (artigo 76 (1) ETPI). Podem ser aplicadas penas de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos, pena de prisão perpétua, se o elevado grau da ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem (artigo 77 (1) ETPI), multas, perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé (artigo 77 (2) ETPI). Na determinação da pena, o tribunal atende a fatores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado (artigo 78 (1) ETPI). Se uma pessoa for condenada pela prática de vários crimes, o tribunal aplica penas de prisão parcelares relativamente a cada um dos crimes e uma pena única, na qual será especificada a duração total da pena de prisão (artigo 78 (3) ETPI).

Aquela ideia sobre a “formulação mais infeliz”, é a de que uma disposição simplista semelhante não existiria em qualquer outro lugar e que ela introduzia a pena de morte como a única punição – expressamente prevista para todos os pontos da

¹⁸²⁰ Para crítica à prática de punição do TMI e TMIEO cf. AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, p. 277 e doutrina lá referida.

¹⁸²¹ Assim, JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 52. Segundo BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 505, a ausência de referência a penas nas cartas do TMI, do TMIEO e CC10 é talvez o aspeto mais preocupante para os princípios de legalidade.

¹⁸²² Cf., também, D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 13.

acusação e para todos os arguidos, sem referência a critérios para a determinação da punição e permitindo uma liberdade ilimitada no que diz respeito a todas as outras sanções, em violação flagrante do princípio da especificidade – o que teria sido feito com o fim de dirigir a punição para as penas mais severas e confirmado com o proferimento da decisão final¹⁸²³. Enfim não existiam disposições sobre os tipos de penas (exceto sobre a pena de morte), sobre as sanções máximas e mínimas ou sobre os critérios para determinação de todas as outras sanções, o que em última análise significa que os arguidos estavam, em termos de punição, à mercê dos juízes¹⁸²⁴.

Independentemente da correção da abordagem mais geral implícita na crítica precedente¹⁸²⁵, uma análise das penas aplicadas, e em confronto com os factos às quais foram aplicadas, e apesar da falta de justificação quanto a elas¹⁸²⁶, revela uma história diferente. Mas, da perspectiva que aqui interessa analisar, e de forma também diferente, pode-se defender que algumas regras (também) ligadas ao *nulla poena* já estavam em vigor¹⁸²⁷.

Por um lado, a exclusão de penas não justas aponta para a inadmissibilidade de penas não suportadas pela gravidade dos crimes e pela culpa dos agentes¹⁸²⁸, funcionando estas como teto intransponível.

Uma outra das regras já em vigor, de acordo com os princípios gerais de direito comuns, seria a de que para participações menores não há penas de morte. O que só se pode considerar confirmado pela decisão do TMI¹⁸²⁹. O facto da pena disponível para os crimes internacionais em geral poder ser uma pena de morte não pode levar a conclusão de que a pena máxima disponível para todos os casos, mesmo que prefigurados em abstrato, é a pena de morte.

Apesar de o *nulla poena* em direito internacional não prever penas máximas de forma detalhada como a nível nacional, pode-se afirmar que, resultante do costume

¹⁸²³ Assim, JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 53.

¹⁸²⁴ Assim, JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 53.

¹⁸²⁵ Não aceite pelo autor desta tese e, certamente, por boa parte da doutrina. Cf., por exemplo, SCHABAS, WILLIAM, “Victor’s Justice: Selecting ‘Situations’ at the International Criminal Court”, p. 535. Cf., ainda, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 153 e 154.

¹⁸²⁶ Aqui já com razão, JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 53. Mais em geral, arguindo que a jurisprudência de Nuremberga e de Tóquio não ofereceu qualquer orientação em matéria de determinação da pena, cf. D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 2.

¹⁸²⁷ Talvez como a jurisdição do TMI se cingia aos maiores criminosos de guerra, não houvesse tanta preocupação com a sua individualização na Carta como depois no CC10.

¹⁸²⁸ Referindo-se a estas ideias como elemento do princípio da proporcionalidade e universalmente reconhecidas cf. D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, pp. 21 e 22.

¹⁸²⁹ Recorde-se que dos vinte e dois arguidos, três foram absolvidos, a sete foram aplicadas penas de prisão e doze foram enforcados.

(nomeadamente, prática de tribunais penais internacionais ‘aquiescida’ pelos estados, prática de tribunais nacionais relativamente a crimes internacionais, escritos dos mais qualificados publicistas, etc.) e dos princípios gerais de direito comuns (que neste caso se podem transpor para o nível internacional sem dificuldades de maior), já estão – pensa-se que de forma indiscutível – em existência normas de direito internacional concretizadoras do *nulla poena*.

As penas máximas aplicáveis têm de existir no momento dos factos e têm de ser previsíveis¹⁸³⁰ não sendo necessário que tenham de estar estabelecidas numa lei escrita¹⁸³¹.

Uma pena mais elevada do que a existente e previsível no momento dos factos não pode ser aplicada.

Ninguém pode ser submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes¹⁸³².

Pensa-se que os crimes menores não compreendem penas de morte ou penas de prisão perpétuas¹⁸³³. É direito costumeiro – decorrente da prática dos tribunais que aplicam direito penal a nível nacional e a nível internacional – que crimes como estes não acarretam tais penas. Relativamente à pena de morte esta perspetiva é também apoiada pelos artigos 6 (2) do PIDCP e 2 (1) da CEDH¹⁸³⁴.

Estes artigos parecem apontar para que a pena de morte tenha de estar prevista numa lei escrita¹⁸³⁵. Ora, ao não apontarem uma exceção para o caso de a pena ser de direito internacional não escrito parece excluir literalmente a aplicação de uma pena de morte costumeira ou de princípios gerais. O que não parece ter sido a intenção dos autores dos tratados, pois de lado algum resulta que tenham querido acabar com as penas de morte do direito internacional, além de que, tendo em conta o disposto no artigo 15 (2) do PIDCP e 7 (2) da CEDH, parece que a opção pelas penas de morte feita em Nuremberga e Tóquio ficou salvaguardada. De facto os julgamentos de Nuremberga, Tóquio e os outros julgamentos pós-Segunda Guerra fornecem abundante autoridade, não só para penas de prisão que podem ir até prisão perpétua¹⁸³⁶, mas também para penas de morte. E não parece que a ausência destas dos estatutos dos modernos

¹⁸³⁰ Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 384.

¹⁸³¹ Mas cf., AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, p. 271.

¹⁸³² Cf., também, artigo 5 da DUDH

¹⁸³³ Referindo-se, no âmbito do princípio da proporcionalidade, à ideia de que a punição que é permitida para certos crimes pode não ser permitida para crimes menos graves, cf. D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 22.

¹⁸³⁴ “Nos países que não tenham abolido a pena capital, só pode ser imposta a pena de morte para os crimes mais graves, em conformidade com a legislação em vigor no momento em que se cometeu o crime, e que não seja contrária às disposições do presente Pacto nem da Convenção para a prevenção e punição do crime de genocídio.

Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei”.

¹⁸³⁵ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, p. 272.

¹⁸³⁶ Assim, SCHABAS, WILLIAM, “Sentencing by International Tribunals”, p. 474.

TPIs¹⁸³⁷ possa levar à conclusão que houve uma mudança no direito costumeiro aplicável¹⁸³⁸. Tanto os EUA como a China as preveem para crimes de guerra. O Iraque e o Ruanda executaram-nas recentemente em resultado de condenações por crimes de guerra e genocídio¹⁸³⁹. Não há notícia de que os outros estados tenham protestado contra uma eventual ilegalidade da aplicação da pena capital.

As penas de morte, e mesmo as penas de prisão perpétua, não podem ser aplicadas a casos menores de cumplicidade¹⁸⁴⁰.

A pena de morte não pode ser aplicada a pessoas de idade inferior a 18 anos no momento da infração¹⁸⁴¹.

¹⁸³⁷ Sobre isto cf. D'ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 12.

¹⁸³⁸ Aparentemente em sentido diferente D'ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 48.

¹⁸³⁹ GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 385.

¹⁸⁴⁰ Certamente que se poderá, pelo menos, admitir que não será previsível que estas sejam aplicadas nestes casos e que logo, nem que fosse só em virtude desta razão, não podem ser aplicadas.

¹⁸⁴¹ Cf., também, artigo 6 (4) PA-II.

Parte V – O conteúdo do *nullum crimen* e a possibilidade de ele ter de ceder

1. O que ele exige

1.1. O princípio exige que o ato seja previsivelmente criminal

1.1.1. A razoável probabilidade de que o ato fosse considerado criminal

O sistema atual de direito internacional, tal como muitos outros sistemas, não exigiria que a interpretação mais estrita, relativamente aos crimes definidos na lei, código ou no *common law* fosse seguida, só se exigindo que o ato seja previsivelmente criminal, por outras palavras, tem de existir uma razoável probabilidade de que o ato seja considerado criminal, de acordo com a lei aplicável ao agente no momento do facto¹⁸⁴².

Num mundo perfeito, uma doutrina da previsibilidade não seria necessária, pois o direito criminal seria perfeitamente claro e ninguém atuaria numa fronteira não clara da lei, podendo a legalidade ser implementada na base de significados claros; num mundo um pouco menos perfeito, os tribunais cumpririam sempre a doutrina da *lex stricta*, aplicando sempre o mais estrito de dois dos sentidos razoáveis da definição do crime; mas, infelizmente, nenhum destes reflete a prática corrente, nem na esfera internacional, nem em muitas das esferas nacionais, e até se pode dar o caso de que não reflitam estados possíveis neste mundo de linguagem imperfeita¹⁸⁴³.

Muitas jurisdições nacionais implementariam limites estritos de interpretação no direito criminal e, nestes sistemas, algo mais do que a mera previsibilidade poderia ser apropriadamente exigido, mas a perfeita congruência com a leitura possível mais estrita de leis ou decisões é uma regra que nunca foi implementada pelo direito internacional e é até possível que tal não seja possível porque, com cada estreitamento de uma definição criminal, novas áreas de ambiguidade podem surgir, o que conduz a uma “constante erosão” das definições do crime¹⁸⁴⁴.

O que resultaria de o princípio da legalidade ser uma “regra pragmática” e não uma regra absolutamente clara, consideração decorrente da natureza não perfeita da

¹⁸⁴² Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 359

¹⁸⁴³ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 359 e 360

¹⁸⁴⁴ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 360

linguagem e preço a pagar por se operar no mundo atual, com conhecimento humano limitado e linguagens ambíguas¹⁸⁴⁵.

Se um ato puder ser *razoavelmente interpretado como caindo no âmbito da definição do crime em vigor ao tempo do ato, o agente estaria suficientemente avisado* e assim a condenação não violaria a versão costumeira do *nullum crimen*¹⁸⁴⁶.

Esta formulação racionalizaria as limitações à interpretação da lei – tanto nos sistemas de direito civil como nos de *common law* –, o desenvolvimento do direito criminal no *common law* e o uso de técnicas de analogia nos sistemas de direito continental¹⁸⁴⁷ e harmonizaria o princípio da legalidade com o entendimento de que todas as definições de crimes e defesas têm algum grau de indeterminação¹⁸⁴⁸.

Mas também se aponta o perigo da possibilidade de os tribunais simplesmente declararem que uma expansão da responsabilidade criminal era previsível, sendo o perigo ainda maior caso o tribunal mude o método de interpretação, por exemplo, ao adotar uma definição diferente e “mais solta” de como é que o direito costumeiro criminaliza atos, especialmente se esta mudança não for reconhecida¹⁸⁴⁹.

Por outro lado, o que estaria em causa *não seria se a pessoa previu a aplicabilidade da lei*, mas o *significado público disponível da lei vigente no momento do ato*, ou seja, a questão é se poderia a lei, como existindo à época, ser razoavelmente compreendida como proibindo *o ato em causa*¹⁸⁵⁰.

Enfim, na maioria das áreas da vida, a linguagem, e os modos de a interpretar, funcionariam de forma a fornecer significados razoavelmente claros, não sendo demais insistir que também o fazem no campo do direito penal, ao se estabelecer o direito criminal a que todos devem obedecer, concluindo-se que, quando o conceito de previsibilidade for apropriadamente delimitado, pode trazer consigo a tal certeza razoável¹⁸⁵¹.

1.1.2. Crítica

¹⁸⁴⁵ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p.360.

¹⁸⁴⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 360 e 361

¹⁸⁴⁷ Limitando-se o uso destas técnicas de definição do crime a aplicações em que a criminalização fosse previsível à altura do ato. Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 361.

¹⁸⁴⁸ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 361.

¹⁸⁴⁹ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 365. Claro que quanto mais uma jurisdição está do ideal da interpretação estrita, menor é o perigo. Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 365.

¹⁸⁵⁰ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 366

¹⁸⁵¹ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 366

Apesar de se acompanhar a perspectiva de que o princípio será implementado tanto quanto razoavelmente possível e que é uma regra que só os pragmáticos podem amar¹⁸⁵², já a ideia da “razoável probabilidade” e, mais em geral, a da previsibilidade, talvez muito influenciadas pela forma como o TEDH formula as suas decisões, e apesar do indiscutível valor que têm enquanto reflexão sobre a natureza do princípio da legalidade, *não parecem caracterizar corretamente o conteúdo do mandamento inscrito no nullum crimen*. O que se parece reconhecer ao referir o cuidado que se tem de ter para que a doutrina da previsibilidade não “engula” o princípio da legalidade¹⁸⁵³.

Recorde-se aqui que é perfeitamente possível que uma decisão que viole o *nullum crimen costumeiro* não viole o princípio da legalidade como interpretado pelo TEDH no âmbito da sua convenção.

O que o *nullum crimen nulla poena* a nível internacional exige não é só, “nada mais, nada menos”, que um determinado ato fosse previsivelmente criminal¹⁸⁵⁴, e que a pena máxima a aplicar fosse previsível, no momento em que a ação ou omissão teve lugar. Mais do que isso, o que ele exige é que o tribunal *chegue à conclusão de que* um determinado ato *era criminal, e que a pena máxima era x*, segundo o direito aplicável. A ideia, talvez ainda mais simples, é a de que ninguém pode ser condenado por um ato que não era criminal no momento do facto nem com uma pena maior do que a existente à altura.

Por outras palavras, um tribunal nacional ou internacional que aplique o direito aos factos não pode dizer somente que o ato era previsivelmente criminal, ou que a pena era previsivelmente x, no momento, mas tem de determinar se *era crime ou não* e tem de determinar uma *pena igual ou inferior* à pena máxima disponível nesse momento.

O tribunal não pode dizer, por exemplo, que era previsível que o alistamento de crianças pudesse ser considerado crime e condenar o arguido por tal, se a melhor interpretação do direito à época não fosse de molde a suportar essa conclusão. Neste sentido, o *nullum crimen* consiste num comando – dirigido ao tribunal que condena criminalmente uma pessoa – e que consiste em este só poder condenar se determinar que aquele ato era punido criminalmente no momento dos factos. Não parece que se

¹⁸⁵² Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 409.

¹⁸⁵³ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 364. Conferir também a reflexão do autor sobre o perigo de que os atos que não eram claramente criminais ao tempo sejam retroativamente proscritos com fundamento de que era previsível que a lei fosse mudar e, rejeitando esta possibilidade, afirma que a questão será se seria expectável que a conduta fosse abrangida por uma razoável interpretação do direito criminal ao tempo do facto. GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 366.

¹⁸⁵⁴ Mas cf. CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić”, pp. 96 e 97.

deva subestimar, ou considerar não importante ou mera semântica, esta chamada de atenção.

Não esquecendo o dito acerca da natureza das decisões do TEDH sobre a matéria, parece que esta obrigação é costumeira. Por um lado, não parece que os tribunais vinculados por um verdadeiro *nullum crimen* se achem na obrigação de meramente sustentar que o condenado sabia que corria o risco de vir a ser condenado. Por outro lado, se se pode avançar que as decisões dos órgãos de direitos humanos (tal como as do TEDH) são atos de organizações internacionais e, na medida em que eles consideram a prática nacional contestada como aceitável, isso constitui informação sobre a prática estatal que foi considerada aceitável¹⁸⁵⁵, há que salientar que só relatam o que é prática aceitável à luz do seu instrumento constitutivo, o qual pode não espelhar as exigências decorrentes da obrigação em causa e, portanto, podem não ser determinantes para a avaliação da natureza última das obrigações costumeiras em causa.

Portanto, o *nullum crimen* exige este algo mais que a mera previsibilidade. O que não será uma “nova abordagem” mas tão-só uma mais cuidadosa¹⁸⁵⁶.

Tendo-se este mandamento em devida conta, poder-se-ia então dizer que a interpretação, clarificação e desenvolvimento do direito nacional ou internacional aplicável não são proibidos, mas quando isto acontece, qualquer desenvolvimento em termos de responsabilidade criminal – relativamente a decisões anteriores –, tem de ser previsível *para o agente e para o público* no momento da prática do facto¹⁸⁵⁷.

1.2. Desde que os atos alegados comportem a criminalidade fundamental do crime imputado, não é necessário mostrar que, no momento dos atos, estes exibissem todos os detalhes do crime

1.2.1. O apoio em C.R.¹⁸⁵⁸

C.R. foi julgado por tentativa de violação e ofensas à integridade física. No decorrer do julgamento, a defesa alegou que, sendo a vítima esposa do arguido, não poderia existir violação, pois pelo casamento a mulher entregar-se-ia sexualmente ao marido (para. 11). O fundamento seria um *statement* de 1736:

¹⁸⁵⁵ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 230.

¹⁸⁵⁶ Cf. *infra* Parte V, 1.2. a 1.5.

¹⁸⁵⁷ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 359.

¹⁸⁵⁸ ECHR, Judgment, *Case of C.R. v. The United Kingdom*, Strasbourg, 22 de Novembro 1995 (C.R.).

*“But the husband cannot be guilty of rape committed by himself upon his lawful wife, for by their matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract”*¹⁸⁵⁹.

Depois de os tribunais ingleses terem afirmado a condenação por violação, o TEDH esclareceu que a remoção da imunidade ocorreu por “*reversão direta*” e não por *clarificação da lei* (para. 35). No arrazoado final, em três parágrafos, o tribunal apresenta as três razões nucleares da sua decisão conforme às decisões dos tribunais ingleses.

A primeira, a de que não existiria razão para discordar da interpretação do Tribunal de Recurso de que a palavra ‘ilícito’ na definição da violação¹⁸⁶⁰ é uma mera redundância que não impediria a remoção de uma ficção jurídica que se tornou anacrónica e ofensiva e a declaração de que um violador é um violador (para. 40).

As decisões do Tribunal de Recurso e, em seguida, da Câmara dos Lordes não fizeram mais do que continuar uma linha de desenvolvimento perceptível na jurisprudência – no sentido de dismantelar a imunidade de um marido pela acusação de violação da sua esposa – não sendo de duvidar que, de acordo com a lei, tal como se apresentava em 18 de Setembro de 1990, um marido que tivesse pela força relações sexuais com sua esposa poderia, em várias circunstâncias, ser condenado por violação; chegando assim à segunda razão, a de que houve uma *evolução evidente, consistente com a essência da infração*, do direito criminal, através de interpretação judicial, no sentido de tratar a conduta em causa como caindo no âmbito da infração de violação, a tal ponto que essa evolução atingiu um estágio em que o reconhecimento judicial da ausência de imunidade se tornou um *desenvolvimento do direito razoavelmente previsível* (para. 41).

A terceira, o carácter essencialmente degradante da violação seria *tão manifesto* que a punição por tentativa de violação, independentemente da relação entre a vítima e o arguido, não se pode dizer em contradição com o objeto e fim do artigo 7, nomeadamente assegurar que ninguém seja sujeito a acusação, condenação ou punição arbitrária (par. 42).

¹⁸⁵⁹ *Statement* de Sir Matthew Hale CJ na sua *History of the Pleas of the Crown* publicada em 1736 (para. 11).

¹⁸⁶⁰ A Secção 1 (1) do *Sexual Offences Act* de 1976 estabelecia que um homem comete violação se tiver sexo *ilícito* com uma mulher que, no momento do ato, não tenha consentido neste (para. 15).

1.2.2. A tese

Tendo como base a afirmação do TEDH de que os crimes devem ser claramente definidos na lei, estando este requisito preenchido quando o indivíduo pode saber da redação da disposição pertinente – e, se necessário, com a ajuda da sua interpretação pelos tribunais – que atos e omissões o fazem incorrer em responsabilidade penal, coloca-se a questão de se a referência à ajuda dos tribunais deve ser entendida como referência à interpretação dos tribunais feita antes do cometimento do crime, ou se deve ser entendida como incluindo uma interpretação feita, pela primeira vez, no decurso de um julgamento que conduz a uma condenação por esse crime¹⁸⁶¹.

E avança-se a tese de que, desde que os atos alegados comportem a criminalidade fundamental do crime acusado, *não é necessário mostrar, que no momento dos atos, estes exibissem todos os detalhes do crime*¹⁸⁶² e, adaptando-se esta ideia – por intermédio dos artigos 7 (2) da CEDH e 15 (2) do PIDCP – ao contexto internacional, e sublinhando-se não ser suficiente que o ato seja imoral, bastaria, no entanto, que ele fosse considerado como *fundamentalmente criminal pela comunidade das nações*¹⁸⁶³.

Partindo-se da assunção de que, em geral, quando um tribunal é chamado a aplicar um princípio, parte da constatação de que o princípio, explícita ou implicitamente, tem um determinado significado – por muito evidente que este seja – afirma-se que um tribunal considera se o princípio, e as suas implicações razoáveis, se aplicam à situação concreta, e conclui-se que, no decurso desse processo, é possível que *o tribunal desenvolva a lei ao adaptá-la a circunstâncias que mudam*¹⁸⁶⁴.

E, acompanhando C.R. – e tendo-se em consideração que se está a lidar com o direito criminal – diz-se que um desenvolvimento razoavelmente previsível da lei é só um desenvolvimento, não está consumado, e até estar consumado não é, na verdade, lei, mas que, desde que o desenvolvimento razoavelmente previsível seja *consistente com a “vera essência” do crime*, então não interessa que a interpretação judicial só apontasse no sentido de tratar tal conduta como caindo no âmbito da violação e ainda não tivesse chegado a esse objetivo, não sendo assim o princípio da especificidade ofendido pelo

¹⁸⁶¹ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 4, 2004, p. 1009.

¹⁸⁶² Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality”, p. 1010.

¹⁸⁶³ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality”, p. 1011.

¹⁸⁶⁴ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality”, p. 1012.

facto de a *lei totalmente desenvolvida ainda não estar em existência no momento dos factos*¹⁸⁶⁵. A “vera essência” do crime governaria¹⁸⁶⁶.

Considerando-se que a gravidade do ato também parece dever ser tida em conta, e sendo improvável que, no caso de atos de carácter especialmente degradante – e continuando-se a acompanhar *C.R.* – a lei não providenciasse punição, sustenta-se que o direito costumeiro é mais “limitado” que o direito nacional mas que, “no âmbito da limitação”, “há espaço para tal consideração”¹⁸⁶⁷, e por fim que, em *Tadić* e *Furundžija*, foi da forma descrita que os tribunais abordaram o assunto¹⁸⁶⁸.

Rematando-se que em *C.R.*, tal como em *Furundžija*, no momento dos factos havia uma *tendência judicial* no sentido de interpretar a lei como acolhendo o crime imputado, mas que só havia esta tendência, e que se poderia argumentar que não se pode condenar com base numa tendência, que em teoria estrita o *nullum crimen* foi violado e que talvez existam *indicia* desta “nova abordagem” e que a abordagem mais flexível sugerida nos casos referidos compreende incorretamente a base do princípio da legalidade e que, sendo difícil exagerar a importância do princípio, talvez fosse melhor não a exagerar, e que seria melhor deixar outros defender aquele argumento¹⁸⁶⁹.

Sugestão que já se seguiu¹⁸⁷⁰ e que a seguir se seguirá de forma parecida.

1.2.3. Crítica

Poder-se-ia defender que a questão é a de *até que ponto* é que se deve levar a noção de que o desenvolvimento posterior da lei é compatível com a essência do delito e sua previsibilidade, não se discordando do apoio em *C.R.*, mas vendo-se uma diferença entre remover uma imunidade pessoal – relativamente a responsabilidade por ato obviamente criminal – e a extrapolação, a partir daí, de uma teoria de evolução e aplicação *ex post facto* de responsabilidade criminal por atos que não eram ilegais no momento do seu cometimento¹⁸⁷¹.

Porém, o apoio em *C.R.* não é justificado em termos de *nullum crimen* a aplicar no contexto dos TPIs e tribunais nacionais – aliás como implicitamente se admite ao

¹⁸⁶⁵ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality”, p. 1014.

¹⁸⁶⁶ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality”, p. 1017.

¹⁸⁶⁷ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality”, p. 1014 e 1015.

¹⁸⁶⁸ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality”, p. 2015 e 2016.

¹⁸⁶⁹ Assim, SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality”, pp. 1016 e 1017.

¹⁸⁷⁰ Em MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006,

¹⁸⁷¹ Assim, MERON, THEODOR, “Revival of Customary Humanitarian Law”, p. 826

sublinhar o dever de deferência do TEDH para com os tribunais britânicos¹⁸⁷² – e a importância da existência ou não de causas de exclusão da responsabilidade e mesmo de uma imunidade pessoal – se for esta a caracterização adequada para o que está em causa – deve ser sublinhada.

Por outro lado, a tese em crítica talvez esqueça que em *Furundžija e Tadić* não se afirmou que não era possível deduzir ‘todo’ o direito aplicado do direito que ‘estava em existência’ no momento dos factos. Mas possivelmente o espírito dos autores das decisões referidas tenha sido esse.

Seja como for, no fundo, e como se parece quase reconhecer¹⁸⁷³, ao se condenar com base numa tendência, por muito persistente que esta seja, ou por muito previsível que seja o destino final, o princípio em causa vale pouco.

Enfim, esta tese afasta-se claramente da necessidade de determinar a natureza criminal do facto – do facto no seu *todo* – à época, e portanto, por maioria de razão, está sujeita à crítica já atrás apresentada.

O que não quer dizer que não se possa tentar dar um conteúdo aceitável ao princípio da criminalização previsível se se acentuar que a *aplicação* da lei pode estar sujeita a um desenvolvimento, do mesmo passo que as condições mudam, desde que a *aplicação* em causa fosse previsível¹⁸⁷⁴.

Mas só se esta ideia for avançada, como de facto foi pelo TEL, num contexto em que se a liga às ideias: de que é o legislador (o qual não pode julgar casos particulares) que dá as instruções aos tribunais sob a forma de regras gerais, deixando-lhes uma certa latitude, a fim de que possam ajustar as suas decisões às circunstâncias particulares; de que *o acusado deve ser capaz de reconhecer que a conduta é criminosa*, no sentido geralmente entendido, sem referência a qualquer disposição específica; de que embora a imoralidade ou o carácter chocante de um ato não sejam fatores suficientes para justificar a sua criminalização à luz do direito internacional consuetudinário podem, contudo, ser usados para refutar qualquer reclamação pela defesa de que não sabia da natureza criminosa dos atos; de que, da perspectiva do *nullum crimen*, seria totalmente inaceitável condenar um acusado com base numa proibição que – tendo-se em conta a especificidade do direito costumeiro internacional e permitindo-se a clarificação gradual das normas de direito penal – *fosse insuficientemente precisa para determinar a conduta e diferenciar o criminoso do permitido, ou não fosse suficientemente acessível ao tempo relevante*, não devendo uma condenação criminal alguma vez se fundar numa norma de que um acusado

¹⁸⁷² MERON, THEODOR, “Revival of Customary Humanitarian Law”, p. 826. Já a decisão última dos tribunais ingleses, seria apoio mais legítimo neste contexto.

¹⁸⁷³ Cf. SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, p. 203: “On the basis of an argument of this kind, it can be contended that the principle that an accused should only be made to answer for a breach of the existing law was set at a naught” (sublinhado adicionado).

¹⁸⁷⁴ Assim, *STL Terrorism*, p. 84, para. 135.

não poderia razoavelmente ter tido conhecimento no momento dos factos, e esta norma devendo tornar *suficientemente claro* qual o ato ou omissão que poderia envolver a sua responsabilidade criminal¹⁸⁷⁵.

Tendo em atenção estes cuidados, recorda-se que a ideia de que a aplicação judicial envolve sempre algum ‘desenvolvimento-criação’ do direito é de facto inescapável. “O direito não é só criado por corpos legislativos, ou pelo costume, ou por acordos individuais entre as partes. É também criado por juízes pela forma como interpretam o direito existente e aplicam princípios gerais. Há limites óbvios a esta feitura de direito pelos juízes, mas tais limitações não alteram materialmente o facto de que os tribunais não administram servilmente regras abstratas sem serem capazes de exercer discricção criativa. É irrelevante se este exercício de discricção é visto no recurso a conceções de justiça ou princípio gerais de direito, à lei da natureza ou a política pública. A feitura de direito pelo poder judicial é um fenómeno jurídico geral nas sociedades em que a justiça é administrada pelos tribunais. Desta forma, tal como os tribunais num estado, também os tribunais internacionais, pela própria natureza da função judicial, não estão confinados a uma aplicação puramente mecânica da lei. Quando aplicam a regra jurídica necessariamente abstrata ao caso concreto, eles criam a regra jurídica para o caso individual em causa”¹⁸⁷⁶.

De forma menos ‘criativa’, mas com tudo isto em mente, e sem esquecer as considerações relativas à melhor caracterização jurídica e à pena máxima, o que se deve dizer é que se o juiz, no término do seu processo de interpretação do direito ao tempo dos factos, conclui que a melhor interpretação é a de que aquele comportamento era criminoso já à altura, então a existência de responsabilidade criminal é a única interpretação legitimamente disponível para aplicação.

1.3. A interpretação deve ser conservadora

1.3.1. Normas claras interpretadas por métodos claros

Começando com a afirmação de que um arguido só pode ser condenado com base em *normas jurídicas claramente estabelecidas no momento da infração*, e com foco no direito costumeiro, sustenta-se que, para uma condenação com fundamento neste ser conciliável com o *nullum crimen tem de existir um uso claro e bem estabelecido de métodos de identificação*, funcionando aqui a legalidade como uma restrição à capacidade dos tribunais de serem “progressistas” nas suas contribuições, tendo estes de ser “*relutantes*” a uma expansão muito ampla ou rápida das infrações do direito costumeiro, qual abordagem “conservadora”¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁷⁵ Este parágrafo em *STL Terrorism*, p. 84, paras. 135 a 137.

¹⁸⁷⁶ LAUTERPACHT, HERSCH, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 2011, p. 263.

¹⁸⁷⁷ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, pp. 399 e 400.

O direito costumeiro poderia fornecer uma fundação segura para a condenação, mas somente se se tiver cuidado genuíno ao determinar que *um princípio jurídico já estava firmemente estabelecido como costume no momento do facto* de forma a que o infrator pudesse ter identificado a regra a que era esperado que obedecesse¹⁸⁷⁸.

Inerente à exigência de que as proibições criminais estejam claramente estabelecidas estaria a noção de que a metodologia de um tribunal ao identificar essas proibições deve ser previsível, e não deve ser vaga¹⁸⁷⁹. A previsibilidade seria, naturalmente, também importante em áreas não-criminais, mas em procedimentos criminais, onde a privação de liberdade está em jogo, há menos liberdade do que noutros campos “*to push the legal envelope*” no reconhecimento de normas consuetudinárias¹⁸⁸⁰.

Se até aqui se pode acompanhar, com apenas um reparo¹⁸⁸¹, a tese em análise, com mais cuidado se aproxima a argumentação, no sentido de que uma investigação laboriosa à questão de saber se um princípio jurídico particular tem o *status* de direito internacional consuetudinário, num momento em particular, nem sempre é exigida pelo *nullum crimen* no que diz respeito a cada crime pelo qual o arguido é acusado, *sendo só necessária se a ilegalidade do comportamento em questão, no momento, não fosse clara na ausência de uma regra de direito costumeiro aplicável*, pois o ponto do princípio da legalidade é a *proteção das pessoas* de uma acusação por atos que elas razoavelmente acreditavam ser lícitos, crença esta que não pode ser razoável se os atos em questão eram obviamente barrados pela legislação nacional¹⁸⁸².

A ideia é de que seria inegável que atos como homicídio, tortura, violação e tratamento desumano são criminais de acordo com princípios gerais de direito reconhecidos por todos os sistemas jurídicos e que estica a credibilidade afirmar que o acusado não reconheceria a natureza criminal dos factos alegados na acusação¹⁸⁸³. Assim, por exemplo, avançar-se-ia que os atos ultrajantes enumerados no artigo 4 do ETPIR, como o homicídio, a tomada de reféns, a pilhagem, o tratamento degradante e a violação, constituem crimes à luz do direito internacional e do direito interno dos perpetradores, não podendo uma pessoa que tenha cometido tais atos – no Ruanda ou em outro lugar – alegar de boa-fé que desconhecia que os atos eram proibidos, concluindo-se que não existiria dúvida de que os homicídios étnicos no Ruanda constituíram

¹⁸⁷⁸ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, p. 405.

¹⁸⁷⁹ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 405.

¹⁸⁸⁰ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 405.

¹⁸⁸¹ Cf. *infra* Parte V, 1.3.2.

¹⁸⁸² Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 405, pp. 405.

¹⁸⁸³ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Delalić et al.*, 20 de Fevereiro, 2001.

crimes segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações, pois um homicídio é homicídio em todo o mundo¹⁸⁸⁴.

Contudo, as mais das vezes em direito penal internacional, a questão é a de saber se os atos de homicídio, tortura, tomada de reféns, pilhagem, etc., não estarão justificados pela ordem jurídica internacional (ordens superiores, coação, erro de direito ou de facto, represálias, etc.). Aliás, as discussões sobre o *nullum crimen* têm lugar, por vezes, porque não é assim tão óbvio que os comportamentos, tendo em conta o direito aplicável, fossem proscritos. Por outro lado, a forma como o comportamento está proscrito e penalizado também é relevante. Por outras palavras, e por exemplo, não é pelo facto de a legislação alemã punir criminalmente, de forma clara, um comandante que não pune um subordinado por um crime cometido antes de ele assumir o comando, que se o pode punir por um crime de guerra internacional com o mesmo conteúdo¹⁸⁸⁵; ou seja, a clara ilegalidade a nível nacional não dispensa a verificação da existência de um crime de direito internacional se é este que se vai aplicar¹⁸⁸⁶. Há que ter em atenção estes cuidados ainda mais “conservadores”.

De qualquer forma, defende-se, de maneira que se volta a acompanhar com menos cauções que, nos casos em que a *criminalidade da conduta é menos óbvia, o direito costumeiro relevante deve ser determinado*, e o aviso justo ao suposto infrator – suficiente para satisfazer o *nullum crimen* – pode ser procurado através de uma de duas abordagens relacionadas¹⁸⁸⁷.

A primeira pode ser caracterizada como “conservadorismo metodológico” em que só se usariam métodos tradicionais firmemente estabelecidos para identificar as normas consuetudinárias aplicáveis, considerando-se que, porque a exigência de que o costume seja estabelecido por prática consistente, apoiada por *opinio juris*, está há muito estabelecida no direito internacional, *mesmo que não exista razão inerente para tal exigência segundo o princípio da legalidade*, se deveria ter uma abordagem metodologicamente conservadora que presumivelmente exigiria uma demonstração de que esses critérios estavam satisfeitos no momento do delito¹⁸⁸⁸.

¹⁸⁸⁴ Assim, MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, pp. 566 e 567.

¹⁸⁸⁵ Em *Vasiljević*, para. 199, o tribunal afirmou que não é suficiente estabelecer que o ato em causa era crime à luz do direito interno aplicável à pessoa que cometeu o ato.

¹⁸⁸⁶ Em *Milutonović Jurisdição Recurso*, para. 17, afirmou-se que, apesar da lei doméstica poder providenciar algum aviso de que um ato é criminal à luz do direito internacional, pode esse aviso não ser suficiente.

¹⁸⁸⁷ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, p. 406.

¹⁸⁸⁸ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, p. 406.

Alternativamente, se se pudesse estabelecer que qualquer outro método para a identificação de costume se tornou tão amplamente aceite, no momento da infração, que a sua utilização por um tribunal mais tarde seria previsível, então esse método poderia ser usado¹⁸⁸⁹.

Uma segunda abordagem, que pode ser apelidada de “conservadorismo de resultado” – nos termos da qual as dúvidas sobre o estado costumeiro de qualquer princípio jurídico particular são resolvidas em favor do arguido (*in dubio pro reo*), o que é simplesmente uma outra forma de afirmar a exigência de que as proibições criminais sejam claras no seu âmbito¹⁸⁹⁰ – não amarraria necessariamente o tribunal a qualquer específica metodologia¹⁸⁹¹. Embora a demonstração tradicional de prática estatal e *opinio juris* seja provavelmente a forma mais fácil de provar que uma proibição em particular estava claramente estabelecida, também se afigura possível apontar “outros fatores”, por exemplo a existência e generalizado reconhecimento de um precedente jurídico a identificar determinada regra como costumeira¹⁸⁹².

1.3.2. Depois de Nuremberga

Sendo que inextricavelmente ligada à legalidade estão as possibilidades de uma pessoa poder razoavelmente prever que consequência jurídica poderá advir das suas ações e de a sociedade poder determinar se essas consequências jurídicas lhe estão a ser aplicadas arbitrariamente¹⁸⁹³, então a questão do método pelo qual se as determina é obviamente importante.

Assim, que o método a usar pelo tribunal para identificar as proibições deve ser previsível, é correto, pois a previsibilidade e as expectativas baseiam-se tanto nas articulações existentes das regras jurídicas como nos métodos que são usados para as interpretar e desenvolver, sendo verdade que, quando estes mudam sem exame explícito e reconhecimento do facto, os desenvolvimentos na lei podem ser considerados previsíveis ao passo que, nas condições existentes ao tempo do facto, eles não o eram¹⁸⁹⁴. Mas não tem de ter existido sempre um uso claro e bem estabelecido desse método, pois há sempre uma primeira vez.

¹⁸⁸⁹ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, pp. 406 e 407.

¹⁸⁹⁰ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, p. 407.

¹⁸⁹¹ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 407.

¹⁸⁹² Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 407.

¹⁸⁹³ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 408.

¹⁸⁹⁴ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 366.

Depois da utilização dos métodos de interpretação em Nuremberga, ‘a primeira vez’, claro ficou que, pelo menos esses métodos, podem ser utilizados. Qualquer uma das duas abordagens referidas é compatível com a postura com que o TMI abordou o assunto. Como não existia nenhum método estabelecido, nem nenhum precedente claramente relevante¹⁸⁹⁵, a “alternativa” à primeira abordagem e os “outros fatores” na segunda abordagem não tinham ali campo de aplicação. Naturalmente, Nuremberga transformou-se no método amplamente aceite e no precedente jurídico de reconhecimento generalizado.

Avisada também parece a consideração de que “grande parte da jurisprudência deste século [o vigésimo] consistiu na progressiva realização (e às vezes exagero) do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplo de autoridade (precedente), e as certezas da comunicação por linguagem geral de autoridade (legislação) é muito menos firme do que um contraste ingénuo sugere”¹⁸⁹⁶.

Mas talvez uma melhor forma de perceber a essência do *nullum crimen* será – mais do que desenvolver grandes teorias sobre ele e sobre possíveis formas do seu entendimento e cumprimento¹⁸⁹⁷ – acompanhar a sua aplicação na prática, e indagar por qual a aplicação que melhor corresponde ao seu sentido. No fundo, mais do que percebê-lo, intuí-lo.

Para tal, analisa-se o caso sobre o qual a tese em análise, expressamente, e a tese anterior, implicitamente, se digladiam e, assim, olha-se para a “substância do assunto” e não para a “teoria da coisa”¹⁸⁹⁸.

¹⁸⁹⁵ INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Report to the President by Mr. Justice Jackson*, 7 de Outubro 1946.

¹⁸⁹⁶ HART, HERBERT, *The Concept of Law*, p. 123.

¹⁸⁹⁷ Cf., em todo o caso, NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal”, *passim*, em especial 399 a 469. O autor propõe uma solução dogmática para o cumprimento do princípio, mas antes de a propor observa, com perspicácia, que falhada a solução dogmática, *a haver solução*, terá ela de ser *de outra natureza*.

¹⁸⁹⁸ Expressões usadas por SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality”, p. 1017. Cf. para uma mais recente tentativa de enquadrar o problema a um nível mais da “teoria da coisa”, cf. ARAJÁRVI, NOORA, *The Changing Nature*, *passim*, em especial, pp. 143 a 161, em que um novo quadro geral das fontes de direito internacional desenhado com base nas ideias ‘hartianas’ de regra de reconhecimento, regras primárias e regras secundárias e em que se sublinha a importância de respeitar um princípio da legalidade que é mais vasto do que o *nullum crimen* e que, talvez por isso, torne essa análise desinteressante para o que aqui interessa.

1.4. Percebe-se melhor o *nullum crimen* pela análise da substância do assunto e não pela teoria da coisa – de novo *Hadžihasanović*

1.4.1. Introdução

Em relação a Amir Kubura, um coarguido, a acusação compreendia a sua responsabilização criminal por atos cometidos antes de ter assumido a posição de comando sobre os perpetradores de tais atos.

O *ping-pong* marcado pela ironia entre maioria e os juízes em minoria, com sequelas em literatura subsequente, de que as duas teses anteriores são o espelho, é provavelmente o exemplo que melhor serve para explicar em que é que as considerações que até agora se defenderam se materializam.

1.4.2. Disposições relevantes

Artigo 7 (3) do Estatuto (Responsabilidade penal individual)

O facto de um dos atos referidos nos artigos 2 a 5 do presente Estatuto ter sido cometido por um subordinado não isenta o seu superior da sua responsabilidade penal se sabia ou tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para *cometer tal ato ou já o tinha cometido* e não tiver tomado as medidas necessárias e razoáveis para *impedir* que o referido ato fosse cometido ou para *punir* os seus autores

Artigo 86 PA-I (Omissões)

1 - As Altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem reprimir as infrações graves e tomar as medidas necessárias para fazer cessar quaisquer outras infrações às Convenções ou ao presente Protocolo que resultem de uma omissão contrária ao dever de agir.

2 - O facto de uma infração às Convenções ou ao presente Protocolo ter sido cometida por um subordinado não isenta os seus superiores da sua responsabilidade *penal* ou *disciplinar*, consoante o caso, se sabiam ou possuíam informações que permitissem concluir, nas circunstâncias do momento, que aquele subordinado *cometia ou ia cometer tal infração* e não tiverem tomado todas as medidas praticamente possíveis dentro dos seus poderes para *prevenir* ou *reprimir* essa infração.

Artigo 87 (Deveres dos comandantes)

1 - As Altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem encarregar os comandantes militares, no que respeita aos membros das forças armadas colocadas sob o seu comando e às outras pessoas sob a sua autoridade, de *prevenir* que sejam cometidas infrações às Convenções e ao presente Protocolo e, se necessário, de as *reprimir* e *informar* às autoridades competentes.

2 - A fim de *prevenir* e *reprimir* violações, as Altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem exigir que os comandantes, consoante o seu nível de responsabilidade, se certifiquem de que os membros das forças armadas colocadas sob o seu comando conheçam as suas obrigações nos termos das Convenções e do presente Protocolo.

3 - As Altas Partes Contratantes e as Partes do conflito devem exigir que qualquer comandante, que tiver conhecimento de que subordinados seus ou outras pessoas sob a sua autoridade *vão cometer* ou *cometeram* uma infração às Convenções ou ao presente Protocolo, tome as medidas necessárias para *impedir* tais violações às Convenções ou ao presente Protocolo e que, oportunamente, tome a iniciativa de uma *ação disciplinar ou penal* contra os autores das violações.

1.4.3. A decisão¹⁸⁹⁹ – não há responsabilidade de comando em relação a crimes cometidos por um subordinado antes da assunção do comando sobre esse subordinado

O tribunal sustenta que não se encontra qualquer prática, nem indício de *opinio juris*, que sustente a proposição de que um comandante pode ser responsabilizado por crimes cometidos por um subordinado antes da assunção, pelo comandante, do comando sobre esse subordinado (para. 45).

Pelo contrário, encontrou indícios que militam contra a existência de uma norma consuetudinária que estabeleça tal responsabilidade criminal, por exemplo, o artigo 28 do ETPI (para. 46), o artigo 86 (2) do PA-I (paras. 47 e 48) e o caso *Kuntze*, julgado perante os TMNs (para. 50).

Depois de ter examinado estas autoridades, sustenta que o arguido não pode ser objeto de acusação nos termos do artigo 7 (3) do Estatuto e que está ciente de que os pontos de vista sobre este assunto podem ser diferentes, mas que só pode impor responsabilidade penal se o crime imputado estiver *claramente* estabelecido no direito costumeiro no momento dos factos, não se podendo, *em caso de dúvida*, asserir a responsabilidade criminal (para. 51).

Já em pleno *ping-pong*, e depois de afirmar que considerou atentamente as opiniões profundas dos juízes Shahabuddeen e Hunt, começa por realçar que vários dos pontos que o juiz Hunt avança sobre a natureza das regras do direito costumeiro – por exemplo, o facto de o direito internacional consuetudinário, tal qual o *common law*, poder mudar ao longo do tempo e que as regras que estejam claramente estabelecidas podem ser aplicadas a novas circunstâncias factuais que claramente caiam no seu âmbito – são partilhados pelo tribunal, mas que é completamente diferente “esticar um princípio existente” para estabelecer a responsabilidade penal costumeira por “conduta que está para além do princípio estabelecido” (para. 52).

Considerou que a questão de se o princípio da responsabilidade de comando se estende a crimes praticados antes da assunção de comando, é uma questão jurídica difícil, e que as mentes razoáveis podem certamente debater o ponto, mas que afirmar – como os juízes em minoria o fazem – que tal *situação claramente* acarreta responsabilidade penal à luz do princípio existente, parece indefensável (para. 82).

¹⁸⁹⁹ *Hadžihasanović*.

Considerando que é banal observar que, em direito penal internacional, a imposição de responsabilidade penal deve assentar sobre uma fundação sólida e positiva de um princípio do direito costumeiro, lança sobre aqueles juízes o ónus de mostrar que existe um tal fundamento, *pois não caberia ao tribunal o demonstrar que ele não existe* (par. 52).

Afirma ainda como sendo revelador que, nas suas opiniões, eles *não mencionem uma única declaração direta e explícita* – num manual militar, ou num comentário de um manual militar, ou na jurisprudência, ou na literatura abundante sobre a responsabilidade de comando – que sugira que o princípio da responsabilidade de comando de direito costumeiro impõe tal responsabilidade (para. 53).

Apesar de, tal como apontado pelos juízes em minoria, alguns manuais terem linguagem suficientemente ampla para abranger a punição, tanto de crimes praticados durante o comando, como antes dele, *não há provas textuais* que confirmem apoio direto para esta última (para. 53).

Atacando a crítica de que as autoridades mencionadas pelo tribunal não apoiam as suas conclusões, e assumindo *in arguendo* que tal crítica estaria correta, contra-ataca com que *a ausência de autoridade* que sugira que a responsabilidade de comando não se aplica aos crimes cometidos antes da assunção de comando, *não significa que ela existe* e que teria chegado à mesma conclusão *mesmo que não existisse um único texto* que expressamente apontasse para a justeza da sua posição (para. 54).

Alude a que interpretar os textos que falam da responsabilidade de comando como impondo um dever de punir, após a assunção de comando, os crimes cometidos antes da assunção de comando, seria “*contra intuitivo*” e contrário ao claro sentido da expressão ‘responsabilidade de comando’, acrescentando que, embora o dever de prevenir e o dever de punir sejam separáveis, cada um é *coincidente com o mandato do comandante* (para. 55).

Enfim, remata que uma interpretação extensiva de textos penais viola o princípio da legalidade, o qual é amplamente reconhecido como *norma imperativa de direito internacional* e dos direitos humanos dos acusados (para. 55).

1.4.4. Hunt¹⁹⁰⁰ – há

¹⁹⁰⁰ ICTY, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, Partial Dissenting Opinion of Judge Hunt, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 11 March 2005.

O juiz Hunt enfatizou a tal aplicação de um princípio existente a novas situações e sustentou que tal processo de raciocínio teria sido aplicado nos acórdãos proferidos em, pelo menos, dois julgamentos que tiveram lugar em Nuremberga, invocando primeiro *Justice* e – aparentemente sem dar a devida importância a que estava a referir um caso em que a invocação da aplicação de um novo princípio funcionava a favor dos arguidos, *e não contra* – aludindo depois a *Krupp* (paras. 5 e 6).

Avançou que a maioria não explica porque é que o princípio da responsabilidade de comando – que se aceita como direito costumeiro internacional – não pode ser aplicado à situação e que, em vez disso, *olhou primeiro* para a existência de prática estatal em relação à situação de facto à qual se procura aplicar o princípio, em vez de determinar *se a situação de facto cai razoavelmente* no âmbito do princípio, o que constituiria *uma abordagem completamente diferente* daquela unanimemente adotada relativamente a aquela outra¹⁹⁰¹ primeira questão (para. 10).

Numa Adenda à sua opinião, e “depois de ter lido os materiais acrescentados pela maioria com o maior interesse”, ataca esta por afirmar que teria sido sua, Hunt, afirmação de que *a situação ‘claramente’ atrai responsabilidade criminal* nos termos do princípio existente, colocando a ênfase no ‘claramente’ que aparece nos materiais adicionados pela maioria, o que não corresponderia ao que o juiz tinha dito, apontando – *com razão*, vale a pena sublinhar – que o que ele tinha afirmado era que *a situação caía ‘razoavelmente’ sob o princípio* (para. 37).

Observou que foi a maioria que, sem explicação, no espaço de 40 parágrafos, mudou o critério do ‘razoavelmente’ para o ‘claramente’, acrescentando que, “existindo uma *diferença bem real* entre os dois requisitos”, a maioria parece ter *confundido a afirmação de ‘razoabilidade’ adotada mais cedo na decisão com o princípio da legalidade afirmado mais tarde pela maioria como exigindo que o crime esteja ‘claramente’ estabelecido no direito costumeiro no momento dos factos* (para. 38).

Sustenta que certamente é o *objetivo do princípio* que dita o seu âmbito de aplicação e *não os factos da situação* à qual o princípio se vai ou não aplicar e que, se esse âmbito ou objetivo *não for suficientemente rigoroso ou preciso*, pode ser definido por referência aos *princípios de humanidade e exigências da consciência pública conforme previsto na cláusula de Martens* (para. 40).

¹⁹⁰¹ Cf. *supra* Parte III, 4.2.

1.4.5. Shahabuddeen¹⁹⁰² – há

Depois de ter desvalorizado as afirmações no caso *Kunzte* e no caso *High Command* de que os atos cometidos pelos subordinados, anteriormente à assunção do comando, não podiam induzir matéria de acusação contra os superiores, apoiando-se na teoria de que em ambos os casos os arguidos não estavam acusados de um *crime separado de responsabilidade de comando como o previsto no artigo 7 (3) do ETPIAJ*, o juiz Shahabuddeen afirmou que, se não há nenhum caso em que tenha sido afirmada a responsabilidade por comando relativamente a atos cometidos pelos subordinados antes da assunção do comando pelo comandante, também não há casos que afirmem o contrário, perguntando, então, o que fazer (paras. 2 a 7).

Com abordagem semelhante à do juiz Hunt sobre a aplicação de um princípio pré-existente a novas situações (paras. 8 a 17), avançou que entende as injunções da máxima *in dubio pro reo* e do princípio associado da interpretação estrita no processo penal, como injunções que operam no *resultado produzido por um método de interpretação, mas que não controlam necessariamente a seleção do método*, sendo que *a escolha do método neste caso é regida pelas regras de interpretação estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (para. 12), e acrescentando que, apenas se a aplicação do método de interpretação prescrito pela convenção *resultar em dúvida* que não possa ser resolvida através do recurso às disposições da própria convenção – *proposição esta improvável* – é que a máxima se aplica de modo a preferir o significado mais favorável ao acusado (para. 12).

Sustentou que os crimes poderiam “ficar a meio caminho” se fossem cometidos muito pouco antes da assunção do dever pelo novo comandante, e aludiu à possibilidade deste conhecer a intenção do antigo comandante de iniciar processos (para. 14), sustentando que a não existência de um dever de agir contrariaria a noção de comando responsável – na qual assenta a responsabilidade por comando – e a ideia associada de que o poder de punir *deve poder ser sempre exercido* (para. 14).

Concluiu que estas consequências colidem com a finalidade das disposições pertinentes do PA-I (para. 15), pois tal finalidade seria a de garantir que houvesse sempre alguém que tivesse a responsabilidade de assegurar que a comissão de crimes de guerra por um subordinado não ficasse impune (para. 24).

¹⁹⁰² ICTY, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, Partial dissenting opinion of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 11 March 2005.

Enfim, aludiu ainda a que é possível que os relatórios da prática do crime nunca tenham chegado ao comandante anterior, que poderia, portanto, nunca ter estado em posição de exercer o poder de punir os subordinados, só vindo a ser recebidos pelo novo comandante (para. 24) e concluiu que o tribunal de primeira instância teria o poder de *suspendere a instância* se considerasse que seria injusto perseguir os crimes à luz de qualquer desvantagem sofrida pela defesa em virtude do lapso de tempo ocorrido entre a prática dos crimes pelo subordinado e o momento em que o novo comandante assumiu comando (para. 42).

1.4.6. Apreciação

1.4.6.1. Responsabilidade por comando

1.4.6.1.1. Introdução

O segundo dos “dois aspetos”¹⁹⁰³ em que a Convenção de Haia IV é notável é o de que impõe deveres de conduta aos indivíduos, e não só aos estados, ao exigir que as tropas sejam comandadas por um líder ‘responsável pelos seus subordinados’, o que mostra uma consciência de que os indivíduos são o mecanismo pelo qual as obrigações jurídicas do estado são realizadas e que devem ser considerados como parte de qualquer estratégia efetiva de implementação¹⁹⁰⁴.

Normalmente tida como criação original do direito penal internacional sem paradigma nos sistemas nacionais¹⁹⁰⁵, mas talvez de casta bem mais antiga¹⁹⁰⁶, a responsabilidade por comando é o principal mecanismo através do qual os superiores podem ser responsabilizados criminalmente por não prevenirem ou não punirem os crimes cometidos pelos seus subordinados, constituindo uma ferramenta importante para penalizar aqueles em posições de topo por falta de supervisão das pessoas sob o seu comando ou autoridade¹⁹⁰⁷. Os superiores são responsáveis, em ligação com os crimes dos seus subordinados (as “infrações subjacentes”)¹⁹⁰⁸, se culposamente violarem os deveres de controlo que lhes são atribuídos¹⁹⁰⁹: a pessoa é penalmente

¹⁹⁰³ Cf. *supra* Parte I, 5.

¹⁹⁰⁴ Assim, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 81, n. 10.

¹⁹⁰⁵ Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 221, marg. 579.

¹⁹⁰⁶ Cf., por exemplo, *ordinance* francesa de 1439 citada em MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, pp. 67 (n. 6) e 149 (n. 40).

¹⁹⁰⁷ Assim, SLIEDREGT, ELIES, “Command Responsibility at the ICTY – Three Generations of Case Law and Still Ambiguity”, in: A.H. Swart et al. (eds), *The Legacy of the ICTY*, Oxford University Press, 2011, p. 2.

¹⁹⁰⁸ Cf. AMBOS, KAI, “Superior Responsibility”, in A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 851.

¹⁹⁰⁹ WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 221, marg. 579.

responsável, não por um ato que tenha realizado, mas por não levar a cabo um ato exigido pelo direito internacional¹⁹¹⁰.

Independentemente do momento da sua cristalização enquanto direito costumeiro¹⁹¹¹ – que o autor desta tese tende para fazer recuar, pelo menos, ao mesmo momento em que se considerou cristalizada a cláusula, não sendo de menor importância que, em 1919, a Comissão estivesse preparada para reconhecer a responsabilidade do comandante que soubesse que estavam a ocorrer infrações e não tivesse intervindo para as prevenir¹⁹¹² – a doutrina da responsabilidade do comandante está hoje firmemente estabelecida no direito penal internacional, embora ainda não totalmente definida nos seus detalhes e consequências¹⁹¹³. De facto, alguns aspetos críticos ainda são indeterminados, o que se deve à natureza complexa do conceito – constituído por várias camadas e que, dir-se-ia, tem características, por um lado, de crime separado de omissão e, por outro, de um modo de responsabilidade, constituindo uma forma de ‘participação’ na ilegalidade cometida pelo subordinado¹⁹¹⁴ –, à intricada *mens rea* que lhe é subjacente¹⁹¹⁵ e ao facto de algumas decisões recentes terem estendido o conceito a uma nova classe de arguidos que estão, de um modo geral, bastante afastados do cenário dos

¹⁹¹⁰ Assim, CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2003, p. 205; AMBOS, KAI, “Superior Responsibility”, p. 850.

¹⁹¹¹ CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 186 localiza esse momento algures nos anos a seguir à Segunda Guerra. O Supremo Tribunal Americano em *Yamashita* tinha-a fundado nos artigos 1 e 43 da Convenção de Haia IV, artigo 19 da Convenção de Haia X e artigo 26 da CG 1929. Cf. *The Case of General Yamashita, A memorandum*, by Courtney Whitney, Brigadier General, U.S. Army Chief, Government Section, p. 30 (disponível em http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Yamashita.pdf). Cf., também, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 184.

¹⁹¹² O que se estendia a “todas as autoridades, civis ou militares, pertencentes a países inimigos, independentemente de quão alta possa ter sido a sua posição, sem distinção de categoria, incluindo Chefes de Estado, que tenham ordenado ou, com o conhecimento de tal e com o poder de intervir, que se tenham absterido de prevenir ou tomar medidas para prevenir, ou para reprimir, violações das leis ou costumes de guerra”. COMMISSION ON THE RESPONSIBILITY, p. 121. Cf., também, CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, p. 160, acrescentando que este resultado teve a oposição dos EUA e do Japão. Cf., também, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 293. Cf., também, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 532, n. 247.

¹⁹¹³ CAEIRO, PEDRO / LEMOS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – SPSC, Judgment, *Prosecutor v. Beny Ludji and José Gusmão*”, in André Klip/Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, The International Criminal Tribunal for East-Timor, vol. 16, Intersentia, 2009, p. 518. Tem-se aqui em vista a responsabilidade por comando em resultado de uma falta de prevenção ou punição e não a que consiste em ordens para o cometimento de crimes.

¹⁹¹⁴ Assim, SLIEDREGT, ELIES, “Command Responsibility at the ICTY”, p. 4.

¹⁹¹⁵ Intrincado problema captado em MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility, From Yamashita to Blaskić and Beyond”, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, *passim*.

crimes e dos seus perpetradores¹⁹¹⁶. Casos de ‘responsabilidade por comando múltipla’¹⁹¹⁷ e “responsabilidade por comando sucessiva”¹⁹¹⁸.

A responsabilidade do superior aqui em causa não se confundiria com os modos ‘comuns’ de responsabilidade do superior (coautoria, cumplicidade e, principalmente, instigação e a prática da infração ‘através de outra pessoa’¹⁹¹⁹) relativamente aos crimes (que também são) cometidos pelos seus subordinados.

Por conseguinte, o alcance distintivo da responsabilidade de comando é o de que ‘capta’ o comandante que ‘tinha motivos para saber’, ou que ‘deveria ter tido conhecimento’, dos crimes e tenha falhado na sua prevenção ou punição, pois os outros modos de responsabilidade, como a ajuda e encorajamento por omissão¹⁹²⁰, exigem o conhecimento dos crimes, aparecendo assim o elemento intelectual modificado¹⁹²¹ como o aspeto que lhe dá “alcance adicional”, sinalizando-se assim que, dada a importância dos deveres do comandante e a perigosidade inerente a uma má supervisão de tropas, uma falha deliberada, ou criminalmente negligente, de cumprimento do dever de controlo sobre as tropas dá fundamento a uma *responsabilidade acessória por crimes que resultem dessa falha*¹⁹²².

1.4.6.1.2. Justificação para a existência de tal doutrina no direito internacional

A ideia de que a fuga, insubordinação, colapso, tumulto ou desordem das tropas não podem ser atribuídos a causa naturais mas à culpa dos comandantes já se encontrava em Sun

¹⁹¹⁶ Assim, SLIEDREGT, ELIES, “Command Responsibility at the ICTY”, p. 4.

¹⁹¹⁷ Cf. SLIEDREGT, ELIES, “Article 28 of the ICC Statute: Mode of Liability and/or Separate Offense”, *12 New Criminal Law Review*, 2009, pp. 427 a 429.

¹⁹¹⁸ Termo utilizado em SANDER, BARRIE, “Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence”, *Leiden Journal of International Law* 23, 2010. O problema em análise é ilustrativo da última.

¹⁹¹⁹ Assim, CAEIRO, PEDRO / LEMOS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – SPSC, Judgment, *Prosecutor v. Beny Ludji and José Gusmão*”, pp. 518 e 519.

¹⁹²⁰ Se é que este modo de responsabilidade realmente existe em DPI. Em sentido negativo, cf. BOAS, GIDEON, “Omission Liability at the International Criminal Tribunals – A Case for Reform”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010, pp. 216.

¹⁹²¹ Segundo RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, pp. 147, o TPIAJ e TPIR consistentemente rejeitaram o *standard* de negligência (segundo o qual há responsabilidade se o superior devesse ter sabido do mau comportamento, o que implica um dever de se manter informado sobre as atividades dos subordinados) em favor do *standard* do “conhecimento construtivo” (segundo o qual a responsabilidade só surge se o arguido tivesse suficiente informação que sugerisse o mau comportamento e não tenha agido para tomar conhecimento de se os crimes foram, estariam a ser, ou estariam prestes a ser, cometidos, o que implica um dever de procurar proativamente tal conhecimento). Segundo WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 229, marg. 597, o TPIAJ sustenta que o direito costumeiro permite uma presunção de falta negligente de conhecimento se o superior tivesse tido informação que o tivesse colocado em aviso relativamente às infrações cometidas pelos subordinados.

¹⁹²² Assim, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, pp. 8 e 9.

Tzu¹⁹²³. Em Grotius, a formulação já se apresentava sob formato hodierno, acentuando-se que a comunidade, ou os seus governantes, podiam ser responsabilizados por um crime de um súbdito se tinham conhecimento dele e não o preveniram quando poderiam e deveriam tê-lo prevenido¹⁹²⁴. Parte ainda da prática militar europeia, remontando ao século XV, e com lugar nos artigos de guerra americanos promulgados em 1776¹⁹²⁵.

As convenções de Haia de 1899 e 1907 introduziram formalmente estes princípios de longa data no direito internacional da guerra moderno¹⁹²⁶, prevendo-se já aqui que as leis, direitos e deveres de guerra seriam aplicados aos exércitos, milícias e corpos de voluntários que fossem comandados por uma pessoa responsável pelos seus subordinados¹⁹²⁷.

Importante é que a ideia da responsabilidade de comando seja logo sublinhada no primeiro artigo dos regulamentos anexos às primeiras convenções sobre a guerra, sendo amplamente reconhecido que a doutrina da responsabilidade superior está enraizada no princípio do comando responsável¹⁹²⁸.

Da mesma forma, as convenções de Genebra, já desde 1929, garantem o *status* de prisioneiro de guerra em conflitos armados internacionais aos membros de milícias e corpos de voluntários que sejam comandados por uma pessoa responsável¹⁹²⁹.

As leis modernas da guerra explicitamente “*acasalam*” assim os direitos da guerra (como a imunidade beligerante e o *status* de prisioneiro de guerra) com os deveres de guerra através da responsabilidade de comando¹⁹³⁰, sendo esta responsabilidade do comandante o “reflexo das apreciações subjacentes” que as leis da guerra fazem sobre a “escolha moral individual” e a “permissão da violência”¹⁹³¹.

Pela “lógica interna das leis da guerra”, o soldado não seria responsável pelas suas ações, seja no sentido de responsabilidade jurídica ou no sentido de tomar autonomamente a “decisão moral” de usar a força letal contra outro humano, mas este privilégio estaria *inextricavelmente enlaçado* à responsabilidade do comandante pelas ações do soldado, constituindo o *dever de controlo* sobre as suas tropas *corolário do poder* que lhe assiste¹⁹³².

¹⁹²³ Assim, SANDER, BARRIE, “Unravelling the Confusion”, p. 106, n. 2.

¹⁹²⁴ Assim, GROTIUS, HUGO, *The Law of War and Peace*, Livro II, Capítulo XXI, Secção II. Cf., também, SLIEDREGT, ELIES, “Article 28 of the ICC Statute”, pp. 20 e 21.

¹⁹²⁵ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 661.

¹⁹²⁶ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 661.

¹⁹²⁷ Artigo 1 RH.

¹⁹²⁸ Assim, SANDER, BARRIE, “Unravelling the Confusion”, p. 106, n. 3.

¹⁹²⁹ Artigo 1 (1) CG 1929.

¹⁹³⁰ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 661. Cf., também, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 148, n. 333.

¹⁹³¹ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 661.

¹⁹³² Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 662. O Supremo Tribunal Americano em *Yamashita*, afirmou que “o direito da guerra pressupõe que a sua

Não há como escamotear que os comandantes têm licença para transformar homens comuns em soldados letalmente destrutivos e juridicamente privilegiados pois o treino militar e as estruturas de comando são, *de alguma forma*, concebidos para “dissipar as inibições sociais” que normalmente impedem as pessoas de cometer atos de extrema violência e para “eliminar o seu sentido de ser moral” ao cometer tais atos¹⁹³³, sem esquecer, no entanto, que a eficiência militar e os interesses da disciplina militar são mais bem servidos, não por “obediência cega”, por “marionetas de reação automática ao mestre que puxa os cordelinhos”, mas por soldados que usam a razão, inteligência e força de vontade¹⁹³⁴ para adotar as melhores decisões no momento exigido. Eles não respondem – e não se espera que respondam – como peças de uma máquina¹⁹³⁵.

Mas, quando estes soldados apontam a *sua* força armada contra civis ou outros alvos protegidos pelas leis da guerra, o comandante poderá ser responsável por essa má utilização do privilégio de violência que as suas ordens lhes conferiram¹⁹³⁶. Estes são *privilegiados como agentes daquele* quando agem licitamente, mas o comandante seria *responsável pelas ações dos soldados também como seus agentes* quando eles agem de forma ilegal¹⁹³⁷.

Há que notar, no entanto, que a subordinação militar é um fator importante, mas não conclusivo, para a determinação da responsabilidade criminal, pois embora a autoridade – tanto administrativa como militar – de um comandante e a sua responsabilidade criminal estejam relacionadas, elas não são de modo algum coincidentes¹⁹³⁸.

Tendo em conta que nenhum conceito de imputação de responsabilidade por conduta de outro pode dissuadir uma pessoa que seja incapaz de prever a conduta ilegal que a lei exige que ela previna¹⁹³⁹, convém destacar que aqueles aspetos das leis de guerra estão *devidamente* refletidos, e as duas últimas considerações *devidamente* salvaguardadas, não apenas no elemento intelectual da responsabilidade de comando,

violação seja evitada através do controlo das operações pelos comandantes, os quais são *em certa medida* responsáveis pelos seus subordinados”. *The Case of General Yamashita, A memorandum*, p. 30.

¹⁹³³ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 662.

¹⁹³⁴ Assim, DINESTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’*, pp. 52 e 53.

¹⁹³⁵ Assim, *Einsatzgruppen*, p. 470.

¹⁹³⁶ MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 662.

¹⁹³⁷ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 662.

¹⁹³⁸ *High Command*, p. 543.

¹⁹³⁹ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 527.

mas também na exigência de que um comandante que seja responsabilizado tivesse *controle efetivo* sobre as tropas em questão¹⁹⁴⁰.

De facto, e apesar da guerra – mais a moderna, e menos a contemporânea, em virtude dos meios tecnológicos ao dispor do comandante – implicar um elevado grau de descentralização – e tendo em conta que um comandante de topo não se poder manter completamente informado sobre todos os detalhes das operações militares dos seus subordinados e, sobretudo, sobre cada medida administrativa, podendo assumir, por princípio, que os detalhes que são confiados aos subordinados serão licitamente executados¹⁹⁴¹ – há que sublinhar com firmeza que a lógica moral da lei da guerra quebra-se se o comandante não tiver o dever de adquirir conhecimento sobre o que as máquinas de matar – que *ele* soltou e que *ele* controla – estão a fazer com o poder que *ele* lhes conferiu¹⁹⁴². Sendo inerente à guerra um risco inevitavelmente alto de que a violência juridicamente tolerada se transforme em violência ilegal, qualquer tentativa de manter a fronteira entre a violência lícita e ilícita deve implicar um acompanhamento constante do que o que é que os soldados estão a fazer¹⁹⁴³.

“Quando se considerar que um arguido teve tanto uma relação de controle efetivo sobre os subordinados como o conhecimento exigido dos seus crimes então, na *ausência de alguma prova extraordinária*, quase sempre se seguirá que ele não tomou as medidas necessárias para prevenir e punir esses crimes. Pois, se ele tivesse tomado as medidas preventivas necessárias, as tropas *sob o seu controle efetivo* provavelmente não teriam cometido os crimes (ou se atores malcomportados, pelo menos teriam sido prontamente punidos)”¹⁹⁴⁴.

Um comandante militar tem o dever de tomar as medidas que estão em seu poder – e que sejam adequadas às circunstâncias – para defender aqueles que têm direito a proteção¹⁹⁴⁵. Na verdade, o propósito do direito da guerra seria, em larga medida, derrotado se um comandante pudesse escapar à sua negligência no adotar destas medidas¹⁹⁴⁶. Mas cabe sublinhar que cumprindo os seus deveres, ou não os cumprindo

¹⁹⁴⁰ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 662. Blaskić, Appeals, para. 612.

¹⁹⁴¹ De forma similar, *High Command*, p. 543.

¹⁹⁴² Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 662.

¹⁹⁴³ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 663.

¹⁹⁴⁴ DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 122. Os itálicos correspondentes a ‘ausência de alguma prova extraordinária’ foram adicionados.

¹⁹⁴⁵ Ideia veiculada em *Yamashita* referindo-se especificamente a prisioneiros de guerra e à população civil. Cf. *The Case of General Yamashita, A memorandum*, p. 77.

¹⁹⁴⁶ Cf. *The Case of General Yamashita, A memorandum*, p. 30; MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 163.

mas não se cometendo crimes internacionais em resultado de tal, o comandante não é, e não deve ser¹⁹⁴⁷, criminalmente responsável à luz do direito internacional. O comandante só é culpado quando “fechou os olhos” e “tapou os ouvidos” relativamente a informação que o deveria ter alertado para os atos ilegais dos seus subordinados¹⁹⁴⁸. Tendo aqui pertinência a afirmação de que “qualquer outra interpretação do direito internacional iria muito além dos princípios básicos de direito penal tal como conhecidos pelas nações civilizadas”¹⁹⁴⁹.

Não esquecendo que um *standard* elevado de responsabilidade não razoável sobre o comandante possivelmente não será aceite ou seguido, particularmente em situações de combate¹⁹⁵⁰, há que reconhecer que a incúria do comandante será, em princípio, muito grave em casos em que ele não se apercebe de que os homens sobre quem tem controlo efetivo estão a cometer crimes contra a humanidade ou genocídio¹⁹⁵¹. Em tal situação, os danos decorrentes da *sua* violação do *seu* dever são extremos, como previsivelmente¹⁹⁵².

O sublinhar desta ideia talvez seja especialmente importante tendo em conta que parece existir uma tendência para que a criminalidade internacional seja cada vez mais (ou pelo menos continue a ser) planeada, organizada, ordenada, endossada ou tolerada pelas autoridades superiores¹⁹⁵³. Seja como for, que o comando de tropas militares é acompanhado por uma ampla autoridade, e uma pesada responsabilidade, tem sido verdade em todos os exércitos ao longo da história¹⁹⁵⁴.

Com este pano de fundo, aceita-se que a punição criminal dos comandantes dificilmente seja injusta num sentido retributivo quando seja compatível com o grau de dano que a violação do seu dever causou e com a responsabilidade pela conduta e escolhas dos outros que eles, comandantes, decidiram aceitar *no momento em que*

¹⁹⁴⁷ Em sentido diferente, admitindo uma forma de responsabilidade objetiva, cf. RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 162. A melhor posição já se poderia encontrar em Grotius quando avançava – aparentemente num contexto de uma responsabilidade não especificamente criminal – que a responsabilidade sem culpa pelos atos “dos que servem” não pertence ao direito das nações mas ao direito doméstico. MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, p. 69.

¹⁹⁴⁸ Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 275.

¹⁹⁴⁹ *High Command*, pp. 543 e 544, a propósito de uma eventual responsabilidade sem incúria pessoal à luz de uma qualquer teoria de subordinação.

¹⁹⁵⁰ Assim, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 527.

¹⁹⁵¹ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 663.

¹⁹⁵² Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 663.

¹⁹⁵³ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese’s International Criminal Law*, p. 186.

¹⁹⁵⁴ Referência feita pela Comissão Militar em *Yamashita*. Cf. LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. IV, 1948, p. 35.

*assumiram o comando militar*¹⁹⁵⁵. Qual *actio libera in causa* portadora de deveres excepcionais com possíveis implicações extraordinárias¹⁹⁵⁶.

A responsabilidade de comando inclui também “importantes elementos de prevenção”, e, ao passo que o valor de prevenção do sistema de direito penal internacional como um todo é objeto de contencioso, “já há esperança” de que a “bem estabelecida lei da guerra” – resistente e sobrevivente às sucessivas lutas entre as nações¹⁹⁵⁷ e implementada por mecanismos internacionais e domésticos – possa constranger os profissionais militares a não se engajarem em, ou a não endossarem tacitamente, crimes de guerra em grande escala¹⁹⁵⁸. Estando o coração da doutrina na prevenção de crimes e existindo “o valor de prevenção” da estrutura militar que lhe está subjacente¹⁹⁵⁹, tem sentido exigir a um comandante que tome as medidas que um indivíduo razoavelmente prudente nas circunstâncias acharia necessárias para adquirir conhecimento do comportamento dos subordinados, pois, ausente tal conhecimento, será difícil para um comandante divisar políticas adequadas para prevenir crimes e não será capaz de punir os perpetradores¹⁹⁶⁰.

Sujeitos a serem responsáveis pela sua negligência, o que serve de instrumento potencial para tornar efetiva a obrigação em causa¹⁹⁶¹, os comandantes e hierarquias militares são assim como que uma primeira linha de defesa, e são expressamente encarregados pelo direito internacional da tarefa de prevenção de crimes¹⁹⁶².

Doutrina ainda especificamente fabricada para a justiça transicional, focando-se nos perpetradores de alto nível, também serve o propósito de atribuir responsabilidade a alguns indivíduos de modo a que o resto da sociedade “possa continuar com a vida”¹⁹⁶³, pois “quando há muitos criminosos de posição inferior” tem sentido o foco nos maiores criminosos, os que tiveram a capacidade de controlar a atividade criminosa daqueles¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁵⁵ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”; DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 148.

¹⁹⁵⁶ Poderoso em tempo de guerra, mas não autocrata ou absoluto, o comandante é responsável perante o tribunal da justiça universal. Assim, MACARTHUR, D., *Reminiscences*, 1964, p. 298 *apud* SANDER, BARRIE, “Unravelling the Confusion”, pp. 106.

¹⁹⁵⁷ Conferir as perguntas sobre a possibilidade de resistência das leis da guerra de HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences*, p. xii.

¹⁹⁵⁸ Assim, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, pp. 147 e 148.

¹⁹⁵⁹ Assim, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 148.

¹⁹⁶⁰ Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 664.

¹⁹⁶¹ Cf., também, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 297.

¹⁹⁶² Assim, MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility”, p. 664.

¹⁹⁶³ Assim, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 149.

¹⁹⁶⁴ Cf., também, DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations”, p. 149.

1.4.6.1.3. Falta de punição é falta de prevenção

Como resultado de algum incómodo com a possível punição por crimes de genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra, em consequência de uma falta de punição posterior ao cometimento destes crimes, poder-se-ia ser tentado a caracterizar a responsabilidade aqui em causa como um crime genuíno ou um crime separado de omissão em vez de um modo de cometimento dos (ou um modo de participação nos) crimes cometidos pelos seus subordinados, mesmo quando tal omissão consista na falta de prevenção desses crimes¹⁹⁶⁵.

No entanto, em todos os documentos de direito internacional relevantes (cartas dos tribunais de Nuremberga e Tóquio e jurisprudência acompanhante, protocolos e história legislativa acompanhante, estatutos dos TPIs e história legislativa acompanhante) não parece existir apoio para tal posição¹⁹⁶⁶. A jurisprudência e a legislação nacional do pós-guerra consistentemente apadrinham a existência de responsabilidade de comando como modo de responsabilidade¹⁹⁶⁷. Por outro lado, as poucas – recentes, e não existentes ao tempo dos factos em análise – decisões do TPIAJ que seguem aquele ponto de vista ‘não passam’ um escrutínio rigoroso.

Aquele incómodo e aquela posição também certamente não têm em conta uma outra hipótese. Nomeadamente, a de que a ‘falta de punição’ prevista nos diversos estatutos é uma redundância, no sentido em que a falta de punição só dará azo a responsabilidade do superior se resultar na prática de novos crimes pelos seus subordinados¹⁹⁶⁸, no que se consubstancia numa falta de prevenção.

De facto, apesar da falta de punição não ter papel a desempenhar no que diz respeito aos crimes anteriores, pode facilitar crimes posteriores, elevando o risco do seu cometimento. Em muitos casos, quase que inelutavelmente conduzirá a estes, dir-se-ia.

Esta contribuição para crimes adicionais resulta numa responsabilidade acessória por estes, ou seja, a falta de punição dos crimes passados pode constituir uma omissão culposa que contribui para o cometimento de crimes posteriores¹⁹⁶⁹. De enfatizar então

¹⁹⁶⁵ Neste sentido, CAEIRO, PEDRO / LEMOS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – SPSC, Judgment, *Prosecutor v. Beny Ludji and José Gusmão*”, p. 519.

¹⁹⁶⁶ Cf. SANDER, BARRIE, “Unravelling the Confusion”, *passim*, em especial, pp. 115 a 120.

¹⁹⁶⁷ Neste sentido, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, pp. 33 e 34 e bibliografia aí citada.

¹⁹⁶⁸ De forma similar, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 9.

¹⁹⁶⁹ Assim, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 17.

que a responsabilidade acessória é pelos crimes futuros, e só por estes, não pelos cometidos atrás.

De uma outra perspectiva, a dualidade falha de punição/falta de punição seria como que uma opção dada ao procurador de provar uma ou outra¹⁹⁷⁰. Esta perspectiva parece preocupar-se em demasia em dar um sentido útil à dualidade referida, o qual pode simplesmente não existir, pois não se descortina como é que provar uma falha de punição que *contribua* para futuros crimes não configure uma falta de prevenção. Além de que a falha dos redatores dos protocolos e estatutos em se aperceberem disso mesmo – especialmente quando em causa estão estatutos e protocolos com implicações a nível do direito criminal – não deve dar azo a uma interpretação que tente forçar uma solução “elegante”¹⁹⁷¹ que não corresponda a uma diferença substantiva. Atenção aqui a que se deve evitar qualquer “interpretação eficaz” que leve a uma reconstrução ilegítima do direito substantivo aplicável, com o objetivo de compatibilizar, ou de dar sentido a, normas jurisdicionais¹⁹⁷².

De qualquer forma, pode-se descortinar um sentido útil na dualidade estatutária, nomeadamente o de tornar *claro* que, segundo os autores dos estatutos, uma falha de punição de crimes passados poderá levar à responsabilização criminal. O que acontecerá caso ela contribua para crimes futuros. Assim, não se poderia alegar, por exemplo, que os estatutos não abrangem de forma *clara* esta situação. Esta *clareza*, no contexto em que se está a trabalhar, e apesar de ter tornado menos claras outras coisas, parece poder até ser bem-vinda.

1.4.6.1.3.1. Jurisdição e caracterização

De qualquer forma, uma mera re-caraterização de modo de responsabilidade para crime separado, neste caso, não violaria o *nullum crimen*¹⁹⁷³. Admita-se, então, a possibilidade da melhor caracterização ser a que corresponde a um crime separado de omissão.

Determinar a natureza da responsabilidade de comando é importante de um ponto de vista teórico, mas já se tem dúvidas que esta relevância, de um ponto de vista prático, se

¹⁹⁷⁰ Assim, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 28.

¹⁹⁷¹ Esta é a forma como a proposta é descrita em ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”.

¹⁹⁷² Assim, CAEIRO, PEDRO/LEMOS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – Judgment, *Prosecutor v. Kalimanzira*”, p. 504.

¹⁹⁷³ Mas, cf. ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 35.

consubstancie num impacto automático ao nível da determinação da pena, na medida em que – ao se limitar a responsabilidade do superior ao seu falhanço em prevenir ou punir – o superior não seria condenado pelo crime principal (por exemplo, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio), mas por um crime separado de omissão¹⁹⁷⁴. Ou que, olhando para a falta de prevenção como participação nas infrações subjacentes, se tenha de olhar para os crimes dos subordinados como ponto de partida da determinação da pena¹⁹⁷⁵.

E isto porque não se vê bem como é que uma diferente qualificação jurídica pode levar, pelo menos na pureza da análise, a uma punição concreta diferente da mesma conduta num contexto em que não existem molduras penais diferentes para as diferentes qualificações jurídicas. De facto, a gravidade do ato criminal e a conseqüente gravidade da sua punição são determinadas pela sua natureza intrínseca, e não pela sua qualificação numa ou outra categoria, podendo-se afirmar que a sua diferente qualificação não diminui, “um iota mais ou um iota menos”, o dano para os indivíduos e para a sociedade¹⁹⁷⁶. Nem, de forma para aqui mais relevante, a culpa do arguido¹⁹⁷⁷. Uma conclusão diferente só parece poder ser fundada na assunção de que os juízes no momento da determinação da pena seriam guiados pela – ou não se conseguiriam abstrair da – nomenclatura, e se afastariam do seu dever estrito de determinar a pena só em função do *caso concreto*, o qual não muda por mudarem os nomes. Que a prática real dos tribunais possa ser contrária à teoria que se defende, só serve para adjetivar a prática de ilegítima¹⁹⁷⁸. O que não quer dizer que uma melhor caracterização não seja um importante instrumento que possa ajudar a eliminar tal prática. Aliás, a propósito dos modos de responsabilidade afirma-se que, apesar de os juízes fazerem um “grande esforço” para determinar qual o correto, isto não resulta em qualquer distinção automática ao nível da determinação da pena, o que não quer dizer que, na medida em que o modo de responsabilidade seja descritivo de um maior ou menor grau de culpabilidade, não possa afetá-la¹⁹⁷⁹. Isto vale *ipsis verbis* no contexto da caracterização aqui em disputa.

¹⁹⁷⁴ Mas, cf. MELONI, CHANTAL, “Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or

Separate Offence of the Superior?”, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, p. 620.

¹⁹⁷⁵ Mas cf. CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 192.

¹⁹⁷⁶ Assim, *Li Erdemović*, para. 19. Cf., também, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Furundžija*, 21 de Julho 2000, para. 227.

¹⁹⁷⁷ Isto é assim, pelo menos, num contexto em que não há molduras penais para diferentes crimes e que, de qualquer forma, o que ressalta é a possível natureza problemática inerente a um sistema construído com base em molduras penais. Para uma abordagem que defende a desejabilidade de hierarquizar os crimes internacionais, dar indicação de diferentes molduras penais para cada crime e escalas de responsabilidade consoante os modos de responsabilidade, D'ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law, passim*, em especial, pp. 39 a 42 e 318 a 323. Aparte outras considerações não se pode acompanhar a ideia de que só com uma escala de penas pré-determinada, de que o potencial infrator tenha conhecimento, é que o sistema criminal pode esperar ter uma função preventiva.

¹⁹⁷⁸ Em ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Delalić*, 20 de Fevereiro 2001, para. 737, afirmou-se corretamente que “a ausência de tal participação ativa não é uma circunstância atenuante. A falta de prevenção ou punição dos crimes dos subordinados é a conduta culposa relevante e a falta de participação ativa nos crimes não reduz a culpabilidade” (itálicos adicionados).

¹⁹⁷⁹ Assim, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 162.

Assim, não parece ser de afirmar que a pena deve ser “considerada na proporção” da gravidade dos crimes cometidos pelos subordinados¹⁹⁸⁰. Nem muito menos admitir a configuração enquanto ‘crime separado’, com a justificação de que uma punição pelas infrações subjacentes equivaleria a um “transferir” da conduta criminal do subordinado para o superior, para, depois, afirmar que a punição pelo seu crime de falhar o controlo sobre os seus subordinados deve ser medida pela punição dos subordinados que cometeram os crimes, o que poderia conduzir a uma punição similar¹⁹⁸¹.

Não vale a pena destacar muito mais do que o princípio da culpabilidade para compreender o que aqui está em causa. Como estabelecido firmemente desde Nuremberga, a culpa é pessoal¹⁹⁸². Ou seja, o comandante é punido com o ‘nome anexado’ dos crimes praticados pelos subordinados – muito importante a um nível simbólico – mas como não podia deixar de ser a sua punição é dada pela sua conduta e não pode ser superior à sua culpa de omissão de cumprimento do dever. Não há aqui qualquer exceção ao princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do crime¹⁹⁸³. Por isso não há que, à partida, estranhar que as penas para casos de responsabilidade de comando sejam relativamente baixas¹⁹⁸⁴.

Apesar de para o que aqui importa não interessar diretamente analisar a situação sob ponto de vista do Estatuto, dada a sua natureza jurisdicional – além do mais porque o tribunal atacou o problema, corretamente, não só sob o ponto de vista do Estatuto, como do *nullum crimen*¹⁹⁸⁵ –, vale a pena uma análise ainda que rápida da questão.

Prevendo os estatutos uma jurisdição limitada a certos crimes, a caracterização como crime autónomo levantaria um problema delicado, pois tal crime não está previsto.

¹⁹⁸⁰ Mas cf., ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Orić*, 30 de Junho 2006, para. 727.

¹⁹⁸¹ Parece ser isto que resulta das palavras do juiz Shahabuddeen em *Orić*, para. 22: “[...] *what is meant is not that he himself personally committed the crimes but that the punishment for his crime of failing to control his subordinates should be measured by the punishment of his subordinates for the actual crimes committed by them. This may well lead to similarity of punishment, but similarity of punishment does not justify a transfer of actual criminal conduct from the subordinate to the superior*”. A não ser que a ideia seja, de alguma forma, limitar a responsabilidade do comandante tendo em consideração os crimes do subordinado – caso em que seriam necessárias outras considerações – a posição exposta não parece apontar no sentido correto.

¹⁹⁸² *Göring*, p. 469. Cf., também, JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles”, p. 45.

¹⁹⁸³ Afirmado, por exemplo, em ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Blaskić*, 3 de Março 2000, para. 796, como princípio geral de direito criminal.

¹⁹⁸⁴ Mas, possivelmente em sentido diferente, CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, pp. 173 e 174. Cf., ainda, com resultados semelhantes aos de um outro estudo, D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law*, p. 230, informando que não há uma particular correlação entre os diferentes modos de responsabilidade previstos no artigo 7 (1) ETPIAJ e 6 (1) ETPIR e 7 (3) ETPIAJ e 6 (3) ETPIR e a duração das penas e, portanto, não há razão para esperar uma pena mais dura para aqueles considerados culpados por ambos os modos, ou penas mais lenientes para os culpados por um só deles.

¹⁹⁸⁵ Daí que o excessivo apoio do juiz Shahabuddeen na Convenção de Viena só se pode explicar como resultado de uma visão das coisas que parece não dar o devido valor à natureza costumeira do *nullum crimen*. Cf., também, a explicação da abordagem em causa em SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, pp. 61 a 63 e, em especial, p. 70.

De qualquer forma, e apesar de se poder pôr a questão de se uma interpretação estrita dos estatutos não deveria levar à conclusão de que os factos que constituem uma verdadeira responsabilidade superior – factos que não impliquem coautoria, cumplicidade, perpetração ativa ou instigação pelo superior – não estariam sujeitos à jurisdição dos tribunais¹⁹⁸⁶, talvez se penda para uma resposta negativa, pois não parece que forçar uma interpretação dos estatutos à revelia da sua letra, quando claramente os estatutos quiseram estabelecer jurisdição sobre esses factos – e apenas se ‘falhou’ na sua caracterização correta –, fosse ilegítimo. Se é verdade que não é legítimo tentar reconstruir o direito material aplicável com o objetivo de compatibilizar normas jurisdicionais, também é verdade que não se devem construir as normas jurisdicionais de forma a elas se compatibilizarem com uma determinada opção doutrinal. Especialmente quando essa opção tiver como resultado a negação de jurisdição sobre factos que claramente se quiseram abranger. Assim, mesmo que se adotasse a visão de que em causa estaria um crime separado, não existiria obstáculo a considerar estabelecida a jurisdição sobre os factos correspondentes. No fundo, se essa interpretação fosse a única forma de respeitar “princípios fundamentais”, uma interpretação contextual e teleológica poderia suportar uma “leitura textual distorçida”¹⁹⁸⁷.

Por conseguinte, se a conclusão, atingida através do tipo de interpretação referido, fosse a de que tais atos estariam compreendidos na jurisdição *ratione materiae* dos tribunais, não havia qualquer obstáculo, do lado do *nullum crimen*, em os punir com um rótulo diferente como, por exemplo, ‘crime de ter falhado a prevenção do genocídio’ ou ‘crime de não ter punido o cometimento do genocídio’, qual crime correspondente a uma descrição mais exata do que está em causa. Como já se avançou, a circunstância de um facto ser punido criminalmente mas ‘não existir um nome consolidado’ à altura para essa punição, não obsta a que se lhe atribua um nome retroativamente. Ou seja, uma tal interpretação do direito existente, e mesmo que não exista prática e *opinio* suficiente para ela, deve-se considerar como legítima e própria da órbita de tribunais penais internacionais que aplicam um direito ainda pouco ‘caraterizado’¹⁹⁸⁸. Ou seja, quando a prática e *opinio* é insuficiente para uma caracterização adequada, mas o ato era claramente criminal, então é tarefa do tribunal realizar o direito da melhor forma

¹⁹⁸⁶ Cf. CAEIRO, PEDRO / LEMOS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – SPSC, Judgment, *Prosecutor v. Beny Ludji and José Gusmão*”, p. 519, considerando discutível que assim seja.

¹⁹⁸⁷ Cf., também, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 31.

¹⁹⁸⁸ Possivelmente em sentido diferente, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 367 e 368.

possível. Mais um caso para que se o criador não concordar se pronunciar. Da mesma forma, se os estados não concordarem com tal qualificação que o exponham.

Também a afirmação¹⁹⁸⁹ de que a responsabilidade superior (como crime separado) só se aplica quando não é possível imputar diretamente ao superior (como autor, coautor ou cúmplice) o crime cometido pelos subordinados – sendo neste sentido uma forma subsidiária de responsabilidade, uma vez que a falta de prevenção do delito subjacente, ou a falta de punição dos seus autores, é, para o superior, uma infração (subsidiária) alternativa¹⁹⁹⁰ – deve ser confrontada com duas considerações.

Por um lado, não parece que algo no direito existente ao tempo dos factos permita concluir que, por exemplo, uma punição por cumplicidade deveria ter precedência relativamente a uma punição como superior. Por outro lado, além de a responsabilidade de comando apresentar um valor técnico acrescentado, também tem uma função pedagógica – enquanto rótulo e sinal para os comandantes quanto às suas potenciais responsabilidades – o que faz com que os comandantes em “casos de conhecimento efetivo que, tecnicamente, poderiam ser acusados como ajuda e encorajamento por omissão”, possam ser acusados à luz da responsabilidade de comando se preencherem os requisitos para tal¹⁹⁹¹.

Possivelmente, esta abordagem está implícita em *Milošević*. Atente-se nas considerações do tribunal. “O Tribunal de Recurso recorda que anulou as condenações de Milošević por planeamento dos crimes de terror, homicídio e atos desumanos com o fundamento de que a sua responsabilidade por ordenar os crimes relevantes nos termos do artigo 7 (1) do Estatuto abrange totalmente o seu comportamento delituoso e *não justifica uma condenação em separado* pelo planeamento do mesmo crime. Neste contexto, as considerações com respeito à conduta criminosa de Milošević e à gravidade dos crimes permanecem imperturbáveis, [...] *nenhuma redução da pena se justifica*”¹⁹⁹². “Além disso, o Tribunal de Recurso eliminou as condenações de Milošević nos termos do artigo 7 (1), em relação a crimes cometidos através incidentes de *sniping* e substituiu-as por condenações nos termos do artigo 7 (3) do Estatuto. O Tribunal de Recurso reconhece que, *em casos apropriados*, uma condenação ao abrigo do artigo 7 (3) do Estatuto *pode resultar numa pena menor*, em comparação com as que são impostas no contexto de uma condenação ao abrigo do artigo 7 (1). No entanto, neste caso particular, o Tribunal de Recurso constata que as suas conclusões, *no que diz respeito à forma de*

¹⁹⁸⁹ Feita à luz da Secção 16 do Regulamento da UNTAET 2000/15 em CAIRO, PEDRO / LEMOS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – SPSC, Judgment, *Prosecutor v. Beny Ludji and José Gusmão*”, pp. 520 e 521.

¹⁹⁹⁰ Abordagem esta que corresponderia à jurisprudência dos tribunais *ad-hoc* e seria a mais adequada no contexto do ETPI. Assim, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 23 e 24, marg. 585. Relativamente à jurisprudência daqueles cf., por exemplo, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Blaskić*, 29 de Julho 2004, para. 91, onde se sustentou que, se a acusação alegou responsabilidade direta e responsabilidade por comando, no mesmo ponto da acusação, então o tribunal deve condenar pela primeira e considerar a posição de comando como um fator agravante na sentença. Cf. também, ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Orić*, 30 de Junho 2006, para. 343. Relativamente ao ETPI possivelmente esta interpretação é correta: “Para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto” (Artigo 28 ETPI).

¹⁹⁹¹ Assim, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 9, n. 15.

¹⁹⁹² ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Milošević*, 12 de Novembro 2009, para. 333 (itálicos adicionados).

*responsabilidade de Milošević pelos crimes em causa, não diminuem de forma alguma o seu papel ativo e central na comissão dos crimes. Na verdade, Milošević fez mais do que simplesmente tolerar os crimes enquanto comandante; ao manter e intensificar uma campanha de bombardeios e sniping da população civil de Sarajevo durante todo o período da acusação, ele forneceu um encorajamento adicional aos seus subordinados para cometerem crimes contra civis. Portanto, também nenhuma redução da pena é justificada com este fundamento*¹⁹⁹³.

1.4.6.1.3.2. O crime de falta de punição que não tenha dado causa a novos crimes sem suporte nas fontes

1.4.6.1.3.2.1. Os artigos 86 e 87 do Protocolo Adicional I

Avança-se que os artigos 86 e 87 do PA-I codificam a jurisprudência que existia desde *Yamashita*¹⁹⁹⁴. Alguns pontos merecem clarificação no contexto desta proposição.

Duma leitura rápida dos artigos ressaltam vários pontos.

Por um lado, além de que a referência à responsabilidade aparece sob a forma disjuntiva (‘penal ou disciplinar’) a disposição refere-se a crimes que se estão a cometer ou iminentes (‘cometia ou ia cometer tal infração’) exigindo-se assim simultaneidade e por conseguinte a possibilidade de influenciar o comportamento do subordinado¹⁹⁹⁵.

Por outro lado, ao contrário do sugerido pela redação do artigo, o ‘reprimir’ parece referir-se aos crimes que se estão a cometer, enquanto o ‘impedir’ aos crimes que se se iriam cometer. O que aponta também para que o que está em causa é a prevenção de crimes (presentes ou futuros).

Enfim, possivelmente, e sem prejuízo de uma determinação do direito costumeiro paralelo poder não corresponder a algo similar, pode-se estabelecer uma distinção entre o artigo 86 (2), que aponta para uma responsabilidade penal internacional dos superiores e o artigo 87 (3), que parece apontar para uma forma de responsabilidade a ser determinada pelo direito interno, por exemplo, através de um crime (ou infração à disciplina militar) separado(a) de ‘falta de punição’¹⁹⁹⁶.

1.4.6.1.3.2.2. Jurisprudência e legislação nacional

¹⁹⁹³ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Milošević*, 12 de Novembro 2009, para. 333 (itálicos adicionados).

¹⁹⁹⁴ Assim, AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*, p. 15; DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 292.

¹⁹⁹⁵ Assim, ROBINSON, DARRYL, “The Identity Crisis of International Criminal Law”, p. 953.

¹⁹⁹⁶ Assim, SANDER, BARRIE, “Unravelling the Confusion”, p. 129.

A não ser de alguma legislação nacional de guerra¹⁹⁹⁷, não parece resultar de qualquer outra fonte, a não ser dos estatutos dos novos TPIs *ad-hoc*, literalmente interpretados, que uma falha em punir que não resulte na prática de novos crimes constitua um crime internacional. Ou seja, do ponto de vista do *nullum crimen*, à primeira vista, seria difícil afirmar que seria *claro* à data dos factos que uma falha em punir que não contribua para o cometimento de mais crimes constituísse um comportamento criminal internacional¹⁹⁹⁸.

Porventura o melhor exemplo é *Yamashita*¹⁹⁹⁹, em que quase todos os membros do governo japonês foram considerados responsáveis por crimes de guerra contra prisioneiros por deliberadamente e *recklessly* ignorarem os seus deveres jurídicos de tomar medidas adequadas para assegurar a observância e prevenir violações das leis de guerra²⁰⁰⁰, pois não parece que *mesmo neste caso*, pungentemente criticado²⁰⁰¹, se configuraram os crimes como autónomos ou se puniu como resultado de mera falha de punição desligada de uma falha de prevenção/contribuição da/para a continuação nas atividades criminosas.

Se, em muitas passagens, se alude ao falhanço no cumprimento do seu dever²⁰⁰², também se afirmou 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 tropas²⁰⁰³. 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

¹⁹⁹⁷ Nos EUA, o *Army Field Manual* de 1956 parecia prever a responsabilidade do comandante por uma falta de punição que não desse azo a novos crimes. Cf. BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 545. Cf., também, uma *ordinance* francesa de 1439 citada em MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 67, n. 6.

¹⁹⁹⁸ O que não obsta a que um dever de punição exista à luz do direito internacional humanitário e que responsabilidade criminal possa existir a nível doméstico. Cf., também, ROBINSON, DARRYL, "How Command Responsibility Got So Complicated", p. 19. De forma diferente, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 192.

¹⁹⁹⁹ Caso que pode ser consultado em *The Case of General Yamashita, A memorandum*.

²⁰⁰⁰ Assim, MELONI, CHANTAL, "Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?", p. 623, n. 23.

²⁰⁰¹ Não só pela sua aplicação da lei aos factos mas pela condenação por uma acusação sem precedente nos anais da guerra e princípios de direito internacional. Esta a opinião do Juiz Murphy, que dissentiu da decisão do Supremo. Cf., também, CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, p. 184, n. 13; BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 534 a 537.

²⁰⁰² O que leva à dedução de que o *standard* aplicado pelo tribunal é um de diligência devida e não de responsabilidade objetiva. Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 163.

²⁰⁰³ 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*, 2013, 2013, p. 183.

cometidos pelos subordinados²⁰⁰⁴. O que não é o mesmo que dizer que o comandante cometeu²⁰⁰⁵ ou tenha participado²⁰⁰⁶ nos crimes²⁰⁰⁷.

Yamashita foi tratado como precedente noutros julgamentos do pós-guerra²⁰⁰⁸, mas talvez com mais autoridade seja de citar aqui o TMIEO que condenou vários oficiais com base em responsabilidade superior, considerando-se estabelecida essa responsabilidade se eles “(1) tiveram conhecimento de que tais crimes estavam a ser cometidos, e, tendo esse conhecimento, falharam em dar os passos ao seu alcance para impedir a prática de tais crimes no futuro ou (2) tiveram culpa ao não ter adquirido tais conhecimentos”²⁰⁰⁹.

Em *Toyoda*, descreveu-se o princípio como abrangendo o comandante que, por uma sua falha em tomar qualquer medida para punir os autores, permitiu que as atrocidades continuassem²⁰¹⁰.

Com importância, no âmbito do TPIAJ, a legislação da Antiga Jugoslávia afirma que o comandante é responsável como participante ou instigador se, ao não ter tomado medidas em relação aos subordinados que violam a lei da guerra, *permite que as suas unidades subordinadas continuem a cometer os atos*²⁰¹¹.

Existem algumas passagens em julgamentos pós-Segunda Guerra que poderiam sustar uma proposição diferente.

Em *Von Leeb* considerou-se que “subsequentemente ao momento em que o arguido assumiu comando [...] o processo revela que foram feitos para o seu quartel-general inúmeros relatórios, que mostram essas execuções ilegais, *cobrindo um largo período de tempo*. Deve ser presumido que a substância destes relatórios foi levada à sua atenção. Na verdade, o seu próprio testemunho indica que ele estava ciente desses relatórios. Não há nenhum indício que tenda a mostrar qualquer ação corretiva da sua parte. Depreende-se da prova, portanto, que ele não

²⁰⁰⁴ Assim, CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, p. 175.

²⁰⁰⁵ CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, pp. 171 e 172, em especial, p. 172, n. 61.

²⁰⁰⁶ 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.

²⁰⁰⁷ 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 posição: “*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 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” (sublinhado adicionado).*

²⁰⁰⁸ DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 294.

²⁰⁰⁹ *Tokyo*, paras. 48,445 e 48,446.

²⁰¹⁰ Conferir passagens semelhantes, extraídas dos julgamentos do TMI, TMNs e TMIEO, em BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, pp. 533 a 541.

²⁰¹¹ *Delalić*, para. 341. Uma eventual recharacterização do direito nacional jugoslavo neste aspeto estaria por esta via excluída.

apenas tolerou mas também aprovou a execução destas ordens. Ele deve, portanto, ser responsabilizado criminalmente pelos atos cometidos pelos seus subordinados na execução ilegal de soldados do Exército Vermelho e prisioneiros de guerra que escaparam”²⁰¹². Além de não haver uma discussão específica do problema, o contexto é o de crimes cometidos durante um período longo de tempo. Ou seja, não há uma decisão no sentido de que, caso a falta de punição não desse causa a crimes adicionais, o arguido deveria ainda assim ser punido.

Mesmo em *Sawada*, caso em que três pilotos tinham sido condenados à morte, e em que se considerou que, ao ter *ratificado* os atos ilegais que ocorreram na sua ausência, Sawada era responsável por esses atos, a decisão deve ser interpretada à luz de que as penas só foram executadas depois de Sawada ter aprovado o veredicto²⁰¹³.

1.4.6.1.3.2.3. Conclusão

Não há grandes argumentos para uma interpretação do direito internacional aplicável que se afaste do que resulta das fontes referidas. E o que resulta é que não era claro que existisse responsabilidade criminal como resultado de um superior não punir crimes passados em situações em que isso não redundasse numa falta de prevenção relativamente ao cometimento de crimes²⁰¹⁴.

1.4.6.2. Previsibilidade e culpabilidade

Mas todos os juízes parecem ter assumido que sim e é a partir deste ‘pecado original’ que a discussão se torna interessante pois, se o quadro jurídico correto com que se poderia estar a trabalhar fosse o de que não há responsabilidade criminal (de direito internacional) do superior por crimes cometidos no passado e não punidos (a não ser que a não punição contribuísse para novos crimes), já no quadro jurídico com que o tribunal estava a trabalhar para decidir a questão, um superior poderia ser responsabilizado criminalmente em tal situação.

O que, na verdade, parece subverter uma suposta linearidade da conclusão defendida pela maioria de que um superior não pode ser responsabilizado criminalmente por crimes cometidos no passado por alguém que na altura do facto não era seu subordinado.

²⁰¹² *High Command*, p. 568 (itálicos adicionados).

²⁰¹³ Neste sentido, SEPINWALL, AMY, “Failures to Punish: Command Responsibility in Domestic and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, 2009, p. 291.

²⁰¹⁴ O que não significa que não se possa de *lege ferenda* configurar esta responsabilidade, inclusive como modo de responsabilidade *ex post facto*. Possivelmente seria neste âmbito que um conceito de responsabilidade *ex post facto* largamente abandonado nos sistemas criminais domésticos poderia ainda fazer algum sentido. Cf., sobre esta possibilidade desconfortável, SEPINWALL, AMY, “Failures to Punish”, *passim*.

De qualquer forma, há que notar que, adotando a posição da maioria, a ‘falta de punição’ só terá existência independente da ‘falta de prevenção’ quando os crimes não punidos – e ocorridos ‘sob a guarda’ do comandante sobre tropas relativamente às quais ele tem um controlo efetivo – não puderem ser ligados a uma ‘falha de prevenção’ por parte do comandante, a não ser que se admita que ele possa, por um lado, ser responsabilizado por um primeiro crime, correspondente à falha de prevenção e, por outro lado, por um segundo crime correspondente à falha de punição de um crime pelo qual *ele próprio* já seria responsável²⁰¹⁵.

A posição da maioria tem sido alvo de críticas consideráveis pois seria espelho de um entendimento incorreto sobre a doutrina da responsabilidade do superior e criaria uma lacuna de punibilidade, descontentamento esse que grassaria nos próprios TPIAJ e TPIR, culminando na sua recusa no tribunal especial para a Serra Leoa²⁰¹⁶.

Apesar de, à primeira vista, a proposta de punir uma pessoa por crimes cometidos antes de ela ter assumido o controlo de uma determinada unidade poder aparecer como surpreendente – e em contradição com o princípio da culpabilidade – aceita-se que poderia ser razoavelmente previsível que a não punição pudesse acarretar responsabilidade criminal e que isso até pudesse caber no “âmbito intencional” ou no “sentido jurídico-normativo”²⁰¹⁷ do suposto princípio existente. De facto, pelo menos em algumas situações, nomeadamente casos em que a assunção do comando é muito próxima da prática dos crimes, por um lado, um comandante poderia razoavelmente supor que não punir os seus subordinados poderia ser um crime e, por outro lado, há um sentido normativo, do tal princípio, possível e razoável que abrange estes casos. Que a não punição de uma atrocidade, na qual, por exemplo, se deu a morte de centenas de pessoas e que teve lugar no dia anterior à assunção do comando, poderia levar a estas suposições, parece evidente.

Daí que, apesar de ser verdade que os argumentos técnicos “*doctrinal*”, tais como conciliar uma disposição com uma outra, não são uma resposta para o desafio de

²⁰¹⁵ Possivelmente é esta a posição tomada em ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Orić*, 30 de Junho 2006, para 332: “[a]s stated previously, the duty to punish is a subsidiary duty that becomes relevant when the superior learns of the crime of a subordinate after its commission. If a superior, however, was already aware of the crime while it was ongoing, he or she can be found responsible both for the failure to prevent the crime and for not having punished it”.

²⁰¹⁶ Sobre estes desenvolvimentos, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 21 e 22 e literatura lá citada.

²⁰¹⁷ Sobre estas expressões, NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal”, por exemplo, p. 446.

que se está a contrariar o princípio da culpabilidade²⁰¹⁸, que postula que apenas se podem considerar as pessoas responsáveis por ações nas quais elas se tenham engajado pessoalmente ou nas quais elas de alguma outra forma participaram²⁰¹⁹ ou para as quais contribuíram, a verdade é que, em alguns casos, a punição do superior por falhar na punição de crimes cometidos antes de assumir o comando não parece violar o princípio da culpabilidade. Aliás como implicitamente se parece reconhecer ao se aceitar como normal que a nível nacional se criem crimes autónomos relativamente a casos de falta de punição que não resultem em novos crimes. Tal como, principalmente, não há violação desse princípio nos casos em que a não punição se dá relativamente a crimes praticados ‘durante a guarda’ do comandante mas em relação aos quais não existe falta de prevenção: crimes que são cometidos pelos *seus* subordinados durante o seu mandato e dos quais *ele* tem conhecimento *a posteriori* e não pune.

Daí que o problema não seja tanto de respeito pelo princípio da culpabilidade, mas mais de cumprimento do *nullum crimen*.

1.4.6.3. O princípio já existente à data dos factos

A abordagem dos juízes Hunt e Shahabuddeen não pode ser aceite, pois ao colocarem a ênfase na averiguação de se a situação cai razoavelmente sob o princípio, estão-se a focar na norma, e não, como é (pelo menos, também) exigido pelo *nullum crimen*, na conduta. Embora não caindo no mesmo ‘erro’ em que incorrem as teses criticadas até agora, pois se preocupam com a existência do princípio no momento dos factos, não estão a determinar primacialmente se aquele facto é criminoso mas (talvez imbuídos do ponto de vista doutrinal de que as regras devem ser aplicadas na medida da sua plena extensão lógica sob pena de não serem regras de todo²⁰²⁰) a averiguar se a situação de facto cai razoavelmente no âmbito de uma norma pré-existente. O *nullum crimen* exige cautelas adicionais. Apesar de se poder arguir que uma e outra abordagem são a mesma coisa, os resultados a que levam são diferentes ou, pelo menos, foram diferentes *in casu*, o que numa análise da “substância da coisa” parece suficiente para se poder fazer a observação. No fundo, parece que os juízes estão a olhar para uma norma escrita que estabelece que ‘o comandante que não puna os crimes cometidos pelos subordinados é criminalmente responsável’ e a procurar o seu sentido normativo. E a

²⁰¹⁸ Assim, ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility Got So Complicated”, p. 29.

²⁰¹⁹ Assim, *Tadić Julgamento Recurso*, para. 186.

²⁰²⁰ Cf., avançando que o princípio da legalidade apresenta um desafio a esta ideia, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 408 e 409.

concluir que a redação da norma compreende, com toda a razoabilidade, uma falta de punição por um comandante “sucessor” pois uma falta de punição é isso mesmo, uma *falta de punição*.

Sublinhando-se agora que uma regra específica de direito internacional implica a sua interpretação em interdependência, não só com o sistema de direito internacional, mas também com a situação concreta²⁰²¹, anota-se a possível vantagem – ou de um outro ponto de vista, diferente do aqui seguido, desvantagem – do direito costumeiro sobre a ‘letra preta’ dos tratados: por muito que a situação caia razoavelmente no âmbito da formulação escrita (imaginada) do princípio/norma já existente à altura dos factos, poderia *não ser claro à época*, tendo em conta os casos anteriores aparentemente em sentido contrário, as disposições, no mínimo, ambíguas dos protocolos relevantes e a ausência absoluta de pronunciamentos específicos sobre o assunto, que tal omissão conduzisse a responsabilidade criminal.

De uma outra perspetiva, também se pode avançar que, enquanto os juízes em minoria estão a utilizar o método normal de aferição do que é ou não é direito costumeiro, a maioria está a utilizar um método de determinação do direito costumeiro peculiar de procedimentos criminais quando o que está em causa são normas substantivas que determinam o âmbito da punibilidade de um comportamento. No fundo, a maioria retira as consequências do significado do *nullum crimen* ao nível interpretativo ao passo que os juízes em minoria não.

Poder-se-ia afirmar que, sendo verdade que o princípio da legalidade tem alguma coisa a ver com o assunto, ele se deveria aplicar de igual forma aos dois assuntos (o que agora se analisa e o que já se analisou²⁰²²) e que o juiz Hunt tem aqui um ponto pois a maioria está a tentar “ficar com o bolo e comê-lo” adotando *standards* diferentes relativamente aos dois assuntos²⁰²³. Mas o que é facto é que, relativamente à aplicabilidade geral da responsabilidade por comando independentemente do tipo de conflito em causa, a decisão claramente razoável do tribunal era suportada por um *indicium* fortíssimo vigente no momento dos factos, ao passo de que aqui a decisão ‘razoavelmente razoável’ da minoria – a bem da discussão admita-se que assim possa ser caracterizada – só tinha no momento dos factos *indicia* em contrário, além de que após os factos só tinha um, o próprio estatuto do tribunal, a seu favor. Que colocada a

²⁰²¹ Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. 12.

²⁰²² Cf. *supra* Parte III, 4.2.

²⁰²³ Assim, CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, p. 168.

questão desta forma a coisa mais pareça a de um jogo a ver ‘quem ganha aos pontos’, talvez não seja uma maneira deslocada de olhar para o *nullum crimen* em situações limite.

Por outro lado, se a leitura, de que a “a objeção com base em considerações de política a adotar” (“ficar a meio caminho”) do juiz Shahabuddeen é uma proposição característica do *common law* no seu desenvolvimento inicial – quando o direito penal era essencialmente feito pelo juiz²⁰²⁴ – estiver correta, essa proposição corre em sentido contrário ao *nullum crimen*²⁰²⁵, pois o poder só pode ser exercido se houver uma base específica para a punição prevista numa lei ou, no contexto do tribunal, em direito internacional claramente estabelecido²⁰²⁶. Por outras palavras, o facto de existirem casos em que o comandante anterior não tenha podido punir porque não chegou a saber dos crimes, e o novo comandante também não tenha o dever de punir, o que criaria como que uma ausência anómala de dever de punibilidade²⁰²⁷, é consideração que só pode ser corrigida pelo legislador e não pelo juiz. Caso contrário os juizes estariam a ultrapassar os limites inerentes ao *nullum crimen*²⁰²⁸.

Neste sentido, pode-se concordar com a afirmação de que, antes de se estender um princípio a um novo cenário não contemplado por costume anterior, um tribunal penal deve estar muito certo de qual o resultado que esse princípio exigiria e que, neste caso, *não se poderia dizer que o resultado fosse claro*²⁰²⁹, mas já não tanto com a asserção de que, pelo contrário, existia uma distinção perfeitamente razoável, a de que um comandante não poderia razoavelmente ser responsabilizado por crimes que não ocorressem ‘sob a sua guarda’, o que poderia explicar o facto de que, aparentemente, nunca um comandante tivesse sido responsabilizado nessas circunstâncias²⁰³⁰. E isto

²⁰²⁴ Hoje no direito inglês o poder judicial já não tem poder de criar crimes. Assim, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 70, n. 163.

²⁰²⁵ Cf., também, ICTY, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997, para. 11.

²⁰²⁶ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization*, 2006, p. 41, referindo-se a direito costumeiro.

²⁰²⁷ De qualquer forma, a conclusão não tem de ser necessariamente esta, pois, o facto de não se poder considerar a não punição como crime, não significa que o dever de punir não exista. Poderia ser um dever cujo não cumprimento não acarretava à altura responsabilidade criminal.

²⁰²⁸ Segundo, MERON, THEODOR, “Revival of Customary Humanitarian Law”, p. 825, os juizes estariam a desenvolver, e já não meramente a aplicar, o direito costumeiro. Mas o que é de acentuar é que um ‘desenvolvimento’ do direito será admissível dentro dos limites assinalados. Aliás, se os juizes meramente aplicassem direito existente a um conjunto de factos é difícil de ver como é que poderiam discordar. Cf. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 321. Cf., também, SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, p. 86, que avança que a criatividade judicial é intrínseca ao processo de julgar e que cria novo direito mas, ao contrário do ativismo judicial, fá-lo “na base política do direito tal como extraído das suas raízes”. Como quer que se apresente a ideia o que interessa é o respeito por aqueles limites.

²⁰²⁹ Assim, MERON, THEODOR, “Revival of Customary Humanitarian Law”, p. 825.

²⁰³⁰ Mas cf. MERON, THEODOR, “Revival of Customary Humanitarian Law”, p. 825.

porque – além do já avançado sobre a previsibilidade e culpabilidade – a distinção mais razoável deve sublinhar a contribuição para crimes e não o facto de os crimes ocorrerem durante o mandato do comandante.

Referência deve ser ainda feita a *Orić*, em que o Tribunal de Julgamento seguiu, porque tinha de seguir – mas não sem mostrar o seu desagrado com a situação²⁰³¹ –, a decisão da maioria. Por seu lado, e depois de o procurador decidir revisitar a questão em recurso, apesar da defesa alegar que não pode ser um erro de direito para o Tribunal de Julgamento seguir um precedente vinculativo, o que tem que estar certo²⁰³², o Tribunal de Recurso adotou a mesma posição, com o mesmo número em maioria de *Hadžihasanović*, mas desta vez com o juiz Shahabuddeen compondo a maioria²⁰³³, não porque tenha mudado de posição, mas por razões ligadas aos seus deveres decorrentes de ter participado na anterior minoria sobre a questão, o que chocou com a dissensão dos juízes Schomburg e Liu.

Apesar de tudo, o juiz Shahabuddeen considerou que havia uma nova maioria de “*pensamento no tribunal de recurso*”, embora não traduzida em decisão formal. Certamente, esta posição do juiz levanta questões interessantíssimas sobre o papel da última instância²⁰³⁴ e seus pronunciamentos, valor de precedentes, deveres dos juízes, etc.²⁰³⁵. Mas para o que aqui interessaria é curioso imaginar que a atitude do juiz significou que a não condenação de Orić por crimes enquanto ‘comandante sucessor’ se manteve – o que de facto aconteceu – e refletir sobre se a atitude podia e devia ser a mesma caso ele tivesse sido condenado como ‘comandante sucessor’ e o juiz fosse da opinião contrária que ele não devia ser.

1.4.7. Últimas reflexões

Tendo partido do princípio de que o dever de punir que não levasse ao cometimento de futuros crimes poderia acarretar responsabilidade criminal tanto a maioria como a minoria partiram de uma avaliação ‘deficiente’ das fontes. Tendo isto em conta, avalia-se a argumentação num sentido e noutro e através do confronto encerra-se: que a conclusão da maioria *parece* razoável por *parecer não claro* que o

²⁰³¹ ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Orić*, 30 de Junho 2006, para. 336: “[s]ince the Appeals Chamber, however, has taken a different view for reasons which will not be questioned here, the Trial Chamber finds itself bound” (sublinhado adicionado). Cf., também, CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, p. 168.

²⁰³² CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, p. 169.

²⁰³³ O que leva a anotar, com acerto, que Meron e Shahabuddeen, foram, nesta matéria, “*na verdade, estranhos companheiros de quarto*”. Assim, CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, p. 169.

²⁰³⁴ O juiz afirma por exemplo que “[t]hese considerations are important, but, in my view, they are not enough to neutralise the duty of the Appeals Chamber to state fundamental law correctly: there is no legislature to which the task can be left”. ICTY, Judgment, Declaration of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Orić*, 3 de Julho 2008, para. 12.

²⁰³⁵ Cf., por exemplo, a análise de CRYER, ROBERT, “The ad hoc Tribunals and the Law of Command Responsibility”, pp. 168 a 171.

direito costumeiro abrangesse a conduta em análise ao tempo dos factos é afirmação que *parece* correta ao autor destas linhas, mas não por em algumas situações de facto, nomeadamente quando os momentos da assunção e da prática dos crimes sejam próximos, a conduta não poder cair razoavelmente sob o princípio. Isto *parece* ser tudo o que de um *certo* ponto de vista se pode dizer.

Ou, por outras palavras, provavelmente este é o ponto até ao qual se pode levar a discussão, aqui onde a “*ciência do direito se mistura com uma cultura judicial cautelosa e contida*”²⁰³⁶.

Conclui-se então, recordando o dito acima sobre o “conservadorismo metodológico” e “conservadorismo de resultado”, que o tribunal parece neste caso ter *combinado* as duas abordagens e de uma forma que respeita o *nullum crimen*²⁰³⁷.

Enfim, o caso é um bom exemplo de como a nível internacional se replicam também as dissensões profundas que o *nullum crimen* de há muito acusa a nível doméstico. A interpretação mais conservadora, curiosamente, replicando a posição daqueles que veem a letra da lei como travão à arbitrariedade legislativa e judicial, enquanto a interpretação mais liberal ecoando a posição daqueles que mobilizam todo o direito para chegar à solução de direito mais razoável para o caso, sem uma preocupação intensa com a clareza à data dos factos de tal solução.

Uma última nota para salientar que uma solução de direito como a apresentada pelos juízes em minoria seria menos criticável num sistema de direito em que o *nullum crimen* não existisse. Além de que seria também uma solução menos desadequada num sistema de direito em que o *nullum crimen* existisse mas em que tivesse de ceder perante normas de valor hierárquico superior, nomeadamente perante a cláusula interpretada não só como podendo ser fonte de criminalização de um comportamento ou, o que é mais ou menos ou mesmo – para o que, neste momento, interessa, pelo menos – princípio de interpretação que legitima uma expansão para lá dos limites atrás assinalados do âmbito de aplicação de normas criminais pré-existentes, não se cingindo aos tais casos extremos²⁰³⁸. Certamente que os ditames da consciência pública “empurrariam o envelope criminal” na direção do ‘comandante sucessor’ que não punisse a tal atrocidade que teve centenas de mortos.

²⁰³⁶ Assim, MERON, THEODOR, “Revival of Customary Humanitarian Law”, p. 826.

²⁰³⁷ Assim, MERON, THEODOR, “Revival of Customary Humanitarian Law”, p. 823.

²⁰³⁸ Se, como nesta tese se sugeriu, a cláusula só puder ser utilizada, como argumento decisivo em contextos de criminalizações, para casos extremos ou, como se defenderá, o *nullum crimen* também puder ser perspectivado como norma de *jus cogens* com a qual a cláusula tem de se harmonizar, então a atitude metodológica dos juízes não pode servir de base decisiva para chegar à conclusão sobre a criminalização do facto em causa.

1.5. Tese da interpretação cautelosa mas que mobiliza várias fontes

É certo que, em termos de direito existente, houve uma mudança na ‘legalidade’ de Nuremberga para cá; a prova é avassaladora neste sentido. A afirmação de que o princípio – mais bem descrito como – “da ilegalidade” é um mero princípio de justiça e não uma limitação à soberania é agora errada²⁰³⁹.

Mas ao estabelecerem o *nullum crimen nulla poena* em tratados internacionais em que se dá guarida a Nuremberga²⁰⁴⁰ 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 aqueles métodos conservadores e o método de Nuremberga, não só para a determinação do direito costumeiro, mas também para a determinação desses.

Aceitando-se que o conteúdo do princípio a nível internacional tem pouco a ver com o sentido positivista original do conceito²⁰⁴¹ e que o direito penal internacional é talvez a área do direito internacional onde a luta perene, entre o que é e o que deve ser, entre o positivismo e a normatividade, mais se faz sentir²⁰⁴², questiona-se assim se toda esta ‘liberdade’ a interpretar não significa que a posição aqui seguida, mesmo a “conservadora”, não acaba por, ao “nadar em águas normativas”²⁰⁴³, ser demasiado liberal.

O que estaria relacionado com a circunstância de que, apesar de as expetativas de cumprimento das normas humanitárias poderem ser menos auspiciosas em comparação com as outras normas de direito internacional público, elas gozarem de um apoio moral forte e daí que juízes, académicos, governos e ONGs estejam frequentemente preparados para aceitar um hiato relativamente extenso entre a prática e as normas em questão, sem questionar o seu carácter vinculativo²⁰⁴⁴. Um maior apoio em “palavras normativas” do que numa “combinação de palavras e ações consistentes”

²⁰³⁹ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, *passim*. Sobre a ‘ilegalidade’, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 14 e 15.

²⁰⁴⁰ SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 175, afirma também que estes tratados providenciam validação multilateral à abordagem de Nuremberga ao *nullum crimen*.

²⁰⁴¹ Mesmo a nível nacional já há muito se apresenta esta ideia como adquirida. Cf. NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal”, pp. 307 e 308.

²⁰⁴² Assim, SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 192.

²⁰⁴³ SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 192.

²⁰⁴⁴ Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, p. 244.

seria justificado²⁰⁴⁵. Quanto mais “desestabilizadora ou moralmente repugnante” a atividade mais facilmente se substitui um elemento do costume pelo outro, desde que a regra restritiva que se afirma apareça como razoável²⁰⁴⁶.

De facto, a natureza atroz e extrema de alguns comportamentos em causa torna mais tragável, não só a determinação do seu carácter criminal em resultado da sua violação dos princípios da cláusula de Martens, mas também em resultado da violação dos princípios gerais de direito comuns às nações nos casos em que tais comportamentos “ultrapassem em magnitude e selvajaria quaisquer limites do que seja tolerável pelas civilizações modernas”. É natural que nestes casos a criminalidade do comportamento possa ser deduzida tanto da cláusula como destes princípios.

O direito costumeiro tem sido a fonte oficial de criminalização dos comportamentos punidos pelos modernos TPIs, com raízes fortes no principal julgamento de Nuremberga²⁰⁴⁷.

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 SG²⁰⁴⁸ 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, 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*.

²⁰⁴⁵ Assim, KIRGIS, FREDERIC, “Custom on a Sliding Scale”, pp. 147 e 148.

²⁰⁴⁶ Assim, KIRGIS, FREDERIC, “Custom on a Sliding Scale”, p. 149.

²⁰⁴⁷ 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.

²⁰⁴⁸ 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.

Se se aceitar então a afirmação de que as normas e princípios de direito internacional são determinados pelo exame de todas as suas fontes, incluindo as fontes subsidiárias²⁰⁴⁹, pode-se concordar que os TPIs modernos contribuíram para o desenvolvimento e adaptação do direito internacional humanitário mas já não se precisa de aderir à ideia de que ao o fazerem foram contra o “*grão do tempo*” e desafiaram a hierarquia formal das fontes de direito²⁰⁵⁰.

Com aquela nota sobre a necessidade de chegar a uma conclusão de que no momento dos factos o comportamento *era* considerado crime e com esta qualificação sobre as fontes, adota-se aqui o discurso – *realista na guerra e prudente na legalidade*, quais facto triste e obrigação de se estar a realizar um direito de que se esperam particulares garantias²⁰⁵¹ – de que a interpretação deve ser “conservadora” e que uma atitude judicial de contenção, ilustrada aqui por *aquela combinação*²⁰⁵², é a melhor forma de assegurar o respeito pelo *nullum crimen*.

Respeito este que será aferido através da intuição jurídica de cada um mediada por todo o património jurídico disponível. Um *nullum crimen* – que torna inadmissíveis determinadas interpretações – será assim o elemento necessário de reflexão e argumentação, ou por outras palavras, um forte argumento²⁰⁵³.

Como resultado de um medo da “abordagem-Cassese” e da “verdadeira obsessão” em Roma com o princípio da legalidade²⁰⁵⁴, poder-se-ia pensar que a relevância desta análise estaria cada vez mais a ser meramente histórica, uma vez que o ETPI, “num exercício desconcertante de positivismo jurídico”, prevê não só uma lista detalhada de crimes adjuvada pelos elementos desses crimes²⁰⁵⁵, mas também um *nullum crimen* ‘na aparência’ robusto²⁰⁵⁶ que não admite uma tal ‘liberalidade’ na interpretação. Intermináveis facetas, ‘criminalidade somente se conduta ao tempo era crime sob jurisdição do tribunal’, ‘não retroatividade’, ‘construção estrita de definições’, ‘proibição de estender as definições por analogia’, ‘punição só de acordo com o estatuto’, ‘em caso de ambiguidade, a definição deve ser interpretada em favor do arguido’,

²⁰⁴⁹ Assim, WRIGHT, QUINCY, “The law of the Nuremberg Trial”, p. 340.

²⁰⁵⁰ Mas, cf. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 314.

²⁰⁵¹ Quanto à obrigação cf. NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal”, pp. 461 e 462.

²⁰⁵² Cf. *supra* Parte V, 1.4.7.

²⁰⁵³ Esta ideia em vários textos de Hassemer citados em NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal”, pp. 457 e 458.

²⁰⁵⁴ Assim, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 285.

²⁰⁵⁵ Cf., também, HUNT, DAVID, “The International Criminal Court High Hopes”, p. 59, afirmando que estes elementos embora não vinculativos para os juízes serão dificilmente por eles descartados, pois foram adotados pelos estados parte.

²⁰⁵⁶ De anotar que o artigo 23 (2) ETPI só se aplica às definições dos crimes.

‘interpretação em favor do arguido quando a lei mudar’²⁰⁵⁷, poder-se-ia então imaginar que esta “corporização perfeita do princípio da legalidade”²⁰⁵⁸ declararia o assunto da punição retroativa morto²⁰⁵⁹.

Não se entrará a fundo nesta discussão²⁰⁶⁰, não se partilha de tal otimismo²⁰⁶¹, têm-se bem presentes os alertas de que não se deve tentar “meter muita coisa” nos estatutos dos tribunais e que se deve deixar o direito para o juiz decidir²⁰⁶² e que as conferências diplomáticas podem nivelar por baixo²⁰⁶³ e a realidade já aí estar a testar a bondade de tal predição. Em *Lubanga*, só para mencionar um exemplo, o Tribunal Penal Internacional interpretou o conceito de ‘forças armadas nacionais’, para efeitos de recrutamento ou alistamento de crianças, como não se limitando às forças armadas governamentais de um estado, o que poderia levar à afirmação de que tal só pode ter tido lugar à revelia das supostas estreitezas do seu princípio da legalidade²⁰⁶⁴.

Fica assim aqui também, mais uma vez, a observação de que, se à partida se poderia assumir que um tratado ofereceria uma maior clareza e precisão na articulação de obrigações jurídicas, nem sempre tal é o caso, estando frequentemente as disposições de tratados sujeitas a uma “penumbra de incerteza” resultante da necessidade de ultrapassar divisões políticas, jurídicas, linguísticas, culturais entre os contratantes²⁰⁶⁵ e da preocupação com prerrogativas soberanas²⁰⁶⁶.

Talvez à medida que o sistema de direito criminal internacional se torna mais efetivo, a necessidade de uma aplicação estrita do princípio aumente em vez de decrescer²⁰⁶⁷. Enfim, aceita-se que a codificação do direito não escrito trouxe mais uniformidade e clareza às regras²⁰⁶⁸ e que um sistema normativo costumeiro, e fundado em princípios latos, já não era suficiente ao tempo das duas grandes guerras e que continua a não o ser perante a frequente desintegração de estados, a multiplicidade de atores poderosos na cena doméstica e internacional, as armas e a

²⁰⁵⁷ Cf, também, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, pp. 286 e 287. Com ‘toda a aparência’ de que ninguém quis abdicar da ‘sua formulação da coisa’, boa sorte para quem quiser destrinçar em que é que cada uma destas caras se distingue da outra. Um ponto de vista mais positivo em WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 72.

²⁰⁵⁸ JACOBS, DOV, “Positivism and International Criminal Law”, p. 16.

²⁰⁵⁹ SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 47.

²⁰⁶⁰ Enfim, se os diplomatas e os políticos podem não ver nada de mal nisto é de questionar se tal fornece uma base adequada para o funcionamento de um tribunal penal internacional. Assim, não especificamente a propósito de todos estes conceitos, HUNT, DAVID, “The International Criminal Court High Hopes”, p. 58.

²⁰⁶¹ VABRES, HENRI, “Le procès de Nuremberg”, pp. 574 e 575, expressava pessimismo relativamente à legalidade alguma vez poder ter um significado mais forte no mundo em mudança dos assuntos internacionais do que teve em Nuremberga. O pessimismo tem de ser hoje muito mais temperado. Talvez alguma moderação no otimismo e ‘esperar para ver’.

²⁰⁶² Comentários do representante francês para a elaboração da Carta do TMI, citado em HUNT, DAVID, “The International Criminal Court High Hopes”, p. 59.

²⁰⁶³ MERON, THEODOR, *The Making*, p. 41.

²⁰⁶⁴ Assim, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, pp. 137 e 138.

²⁰⁶⁵ Assim, SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law*, p. 31.

²⁰⁶⁶ SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 136.

²⁰⁶⁷ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 405. Cf., também, BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity*, p. 578, sublinhando que após um certo nível de acumulação de normas discrepantes e aplicações diversas, a necessidade de sistematização impõe-se por si mesma.

²⁰⁶⁸ Cf., também, WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 57, marg. 154.

tecnologia moderna e ainda que, devido ao facto de essas codificações compreenderem uma miríade de disposições detalhadas, acabou por se calhar se lhes conferir uma maior legitimidade do que às normas não escritas²⁰⁶⁹. E que talvez se tenha perdido algo, o sentido de que as regras surgem naturalmente das sociedades, das suas forças armadas e dos seus governantes, na base da experiência, a flexibilidade que derivava do seu carácter essencialmente costumeiro, o valor ligado à honra, cavalheirismo e misericórdia²⁰⁷⁰. Mas para colocar a hipótese de que talvez, e infelizmente, os tribunais penais modernos não tenham sido os últimos lugares em que o apelo àqueles costumes e princípios foi feito em vasta escala. E que, de qualquer forma, os princípios e normas latos podem ser mais efetivos em ostracizar e envergonhar violadores e, portanto, em influenciar comportamento²⁰⁷¹.

Por outro lado, e reconhecendo-se que a aplicação do princípio da legalidade é inerentemente imperfeita e que sempre permanecerão questões de interpretação das leis e da evolução do direito penal por decisão judicial, dadas as imperfeições da linguagem humana²⁰⁷², possivelmente a sua interpretação ‘cautelosa’ que se propõe ainda não dissipa as dúvidas que possam existir sobre a necessidade de, em situações excepcionais, ser adequada uma aplicação retroativa de direito.

2. Desnecessidade de ele ter que ceder, *jus cogens* e Conselho de Segurança

2.1. O princípio aplica-se em circunstâncias normais, com exceções em períodos extraordinários ou de transição

2.1.1. O mal não é totalmente previsível em antecedência

De forma que poderia ser descrita como otimista, dir-se-ia que a ideia da incompetência do poder judicial para criar direito criminal, alicerçada nas doutrinas do *nulla poena*, nulidade por vaguidão e construção estrita, é “coerente, apesar de ligeiramente irrealista”²⁰⁷³.

Partindo da premissa de que as regras devem ser inteligíveis e suscetíveis de ser respeitadas pela maioria das pessoas – e que, em geral, não devem ser retroativas, embora excecionalmente o possam ser²⁰⁷⁴ – declarar-se-ia, de forma mais crua, que não

²⁰⁶⁹ Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 203, referindo-se especificamente ao cavalheirismo.

²⁰⁷⁰ Assim, ROBERTS, ADAM, *American Journal International Law* 89, 1995, pp. 224, 226 e 227 *apud* MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 203.

²⁰⁷¹ Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, pp. 203 e 204.

²⁰⁷² Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 408.

²⁰⁷³ Assim, JEFFRIES, JOHN, “Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes”, *Virginia Law Review*, vol. 71, n.º 2, 1985, p. 189.

²⁰⁷⁴ Assim, HART, HERBERT, *The Concept of Law*, p. 207.

se deve olhar para um caso de punição retroativa como se de um caso comum se tratasse e que uma “simples doutrina positivista” reconheceria apenas que regras moralmente iníquas ainda são direito e que “não há disfarce para uma escolha entre males”, a qual, em circunstâncias extremas, pode ter de ser feita²⁰⁷⁵.

Aquele primeiro ponto de vista – o de que se ‘parece’ cumprir o princípio da legalidade – teria persistido, mas, e passando-se assim ao ponto de vista mais cru, tendo em conta que o “mal radical” tem de ser punido – e que a natureza do mal não é totalmente previsível com antecedência – o direito criminal pode ter “aspectos retroativos”, sendo que, nas raras ocasiões em que isso ocorrer, se deve ser claro acerca do que se está a fazer e do porquê de tal opção, perspectiva esta que seria especialmente relevante no âmbito da justiça transicional²⁰⁷⁶.

Algo de semelhante está subjacente à afirmação – feita poucos dias depois da adoção da Carta – de que há que admitir com franqueza que, apesar da doutrina e vários exemplos históricos de intervenção humanitária, tudo aquilo era uma inovação a tornar imediatamente operativa pelas quatro potências que criaram o TMI, impelidas a tal pela consciência ultrajada do mundo e por uma conceção iluminada dos verdadeiros propósitos do direito das nações²⁰⁷⁷.

2.1.2. Crítica

2.1.2.1. Plano internacional

Possivelmente alguns juristas no pós-Segunda Guerra ‘se surpreenderam’ com a flexibilidade com que ‘agora estavam a tratar certos conceitos’. Dado o extraordinário momento é compreensível que talvez se tivesse pensado que se estava a ser incongruente e que era melhor admitir que tudo aquilo era direito novo a aplicar para o passado. Mas esquecia-se que o direito só se vislumbra com clareza quando confrontado com a realidade dos casos e que a hediondez do que se passou na Segunda Guerra destapou muitas coisas, umas pressupostas, outras nas entrelinhas, outras até já bem sublinhadas por escrito.

No plano internacional, não parece existir razão para defender que por vezes pode ser necessário adotar leis retroativas. A perspetiva de que atos atrozos não

²⁰⁷⁵ Assim, HART, HERBERT, *The Concept of Law*, p. 207.

²⁰⁷⁶ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 39.

²⁰⁷⁷ Afirmação de Hersch Lauterpacht, citada em LAUTERPACH, ELIHU, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 274.

imaginados pelo legislador, ou para os quais este não estabeleceu uma punição com antecedência, não tem em conta a visão aqui defendida relativamente à cláusula de Martens e à sua aplicação em paz e em guerra. Os atos hediondos que ultrapassem o nível exigido para activar as protecções de direito internacional dificilmente não violarão as leis da humanidade ou os ditames da consciência pública. A possível dedução de princípios gerais de direito proposta pode também colmatar quaisquer ‘lacunas’ que aqui pudessem surgir.

De qualquer forma, para quem não acompanhar este ponto de vista – e porque o esquecimento por vezes persiste, como se pode depreender, na opinião desta tese, a partir das muitas incompreensões analisadas relativamente à postura dos modernos TPIs, – sempre se pode olhar para a questão à luz de uma outra perspectiva, afirmando-se que está em existência uma arquitetura institucional internacional que possibilita a aplicação retroativa de direito pelo CS, caso isso seja necessário para a manutenção da paz. Uma derrogação coletiva também será sempre possível.

2.1.2.2. Plano doméstico

A nível nacional, dir-se-ia que, quanto a falhas legislativas graves que despertam indignação moral, se pode esperar que os juízes estendam a interpretação nestes casos, tanto quanto permitido, e que muito raramente um código penal moderno terá falta de instrumentos suficientes – principalmente no que se refere aos “principais males” – podendo um “conservadorismo judicial excessivo permitir que alguns malfeitores escapem”, o que seria o preço a pagar pelas garantias mais importantes conferidas pelo princípio, intervindo o legislador imediatamente se necessário²⁰⁷⁸.

De facto, não se encontram indícios de que haja necessidade premente de mudança de paradigma no que à legalidade diz respeito, principalmente numa altura da evolução do direito penal em que os crimes ditos *malum in se* parecem estar plenamente cobertos por disposições escritas. Um código penal que ligue ao homicídio – e às ofensas à integridade física mais graves – penas substanciais, dificilmente se deparará com esta dificuldade.

De qualquer forma, casos do tipo *C.R.*, pelo menos de uma determinada perspectiva, podem servir para testar o argumento. O que se pode aventar resultar deste caso, de forma mais ou menos discutível, é que, mesmo quando não se possa ter sabido

²⁰⁷⁸ HALL, JEROME, “Nulla Poena Sine Lege”, pp. 176 e 177.

com precisão quando é que as mudanças sociais relevantes tiveram lugar, mesmo quando há considerável incerteza ou movimento na lei, um arguido está de sobreaviso de que a lei está em fluxo e de que pode – no futuro – ser interpretada de forma adversa, indicando opiniões judiciais contrárias ou debate legislativo tal instabilidade²⁰⁷⁹. Ou seja, se a lei ainda estava em fluxo, ainda não atingiu o ‘tal ponto’, mas uma condenação nestas circunstâncias não violaria o princípio da legalidade, pois seria previsível que o ato poderia no futuro ser considerado como violação. Sendo que a “reversão direta” era previsível, os tribunais teriam considerado que não é preciso verificar se a lei tinha efetivamente sido já modificada ao tempo dos factos²⁰⁸⁰.

De forma diferente, noutro caso, *S.W.*, semelhante e decidido da mesma forma, vale a pena aludir a duas opiniões que defenderam a existência de uma violação do princípio da legalidade.

J. Liddy considerou que o ato de manter relações sexuais à força com a esposa não tinha antes sido punido como violação – embora uma acusação por agressão pudesse ser sustentada e ter uma pena diferente – e que a mudança suportada pela Câmara dos Lordes pode ter sido motivada por impaciência judicial com o legislador, e por relutância profissional em se envolver em novas contorções da lei, mas que o seu efeito é criminalizar atos que podem ter sido realizados vários anos ou décadas antes do caso²⁰⁸¹.

Loucaides (junto Trechsel, Nowicki e Barreto) sustentou que *a imunidade foi removida* em consequência da decisão do Tribunal de Recurso, posteriormente confirmada pela Câmara dos Lordes, e que era baseada numa presunção jurídica histórica quanto a um *elemento do crime de violação*, a falta de consentimento, o qual foi retirado em detrimento do requerente, não podendo a abolição desta imunidade na sua totalidade ser interpretada como uma mera clarificação dos elementos existentes de um crime ou como qualquer adaptação de tais elementos a novas circunstâncias que pudessem ser razoavelmente incluídas no conceito original do crime²⁰⁸².

Apresentada a questão nestes termos, e independentemente da correta qualificação jurídica que seria importante determinar no que ao princípio diz respeito, teria então sido eliminada uma imunidade pessoal – ou um dos elementos do crime teria

²⁰⁷⁹ Cf., SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*”, p. 178 e 179, fundando-se nos paras. 41 e 59 de *C.R.*

²⁰⁸⁰ Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 219.

²⁰⁸¹ European Commission of Human Rights, Concurring Opinion of Mrs. Liddy, *S.W. v. The United Kingdom*, 27 de Junho 1994, para. 9.

²⁰⁸² European Commission of Human Rights, Dissenting Opinion of Mr. Loucaides joined by Mm. Trechsel, Nowicki and Cabral Barreto, *S.W. v. The United Kingdom*, 27 de Junho 1994. O juiz colocou a questão ainda no âmbito do artigo 7 (2) mas considerou que não há consenso suficiente a nível mundial, no que diz respeito à violação conjugal, pois imunidades similares existem ou existiram até recentemente numa série de jurisdições de *common law*.

sido retirado – com efeitos retroativos *contra reum*²⁰⁸³, o que possivelmente violaria o *nullum crimen* e alertaria para que a possível sensação de ultraje perante uma possível impunidade resultante de incúria legislativa ou de outra falha não antecipada, poderia muito bem ser indício de que seria necessário um esquema de aplicação retroativa da lei para casos em que, apesar de o comportamento não ser punível à data, ou ser punível mas com uma pena (ou nos limites de uma moldura penal) manifestamente insuficiente, não haja dúvida alguma sobre a sua *criminalidade inerente*, ou *insuficiência inadmissível da pena* e, em consequência, sobre a incredibilidade de uma posição da defesa de que não seria previsível a sua natureza criminal, ou de que não seria previsível a aplicação de uma pena mais elevada. No fundo, em casos como *C.R.* e *S.W.*, a se achar mesmo que seria inadmissível não aplicar a lei da violação, supostamente não existente para o marido à data dos factos, deve-se tornar claro que se está aplicar retroativamente a lei e porque é se o está a fazer.

Em termos do direito internacional, caso tal situação ocorresse, e se não for possível qualificar o ato em causa como crime de direito internacional, então esse país para levar a cabo tal desígnio necessita da autorização do CS, o qual não tem competência para a dar caso não esteja em causa a paz e segurança internacional. Daí que a única solução jurídica que se descortina para obstar ao problema seria a de uma permissão coletiva de derrogação.

2.2. O *nullum crimen, nulla poena* como norma de *jus cogens* e o Conselho de Segurança

2.2.1. A possibilidade de ele ser *jus cogens*

A ideia de que o CS pode criar legislação a aplicar retroativamente tem que ser confrontada com o talvez mais interessante comentário em *Hadžihasanović*: o de que o *nullum crimen* é uma norma imperativa de direito internacional. Não se sabe muito bem

²⁰⁸³ O autor desta tese não é versado em direito inglês, mas não pareceria ser muito difícil concluir que a lei de 1976 foi o ato legislativo que derrubou a imunidade, ao não a prever como exceção expressa no âmbito do crime de violação. Cf., também, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 50, n. 24 e p. 219. Aliás não se percebe como é que se concorda que a palavra ‘ilícito’ na definição da violação de 1976 é uma mera redundância e ao mesmo tempo se considera que, mais de uma década depois, o direito ainda se está a desenvolver neste aspeto. Talvez o facto de, no entretanto, os tribunais ingleses ainda a considerarem válida (*C.R.*, paras. 19 a 25) tenha tornado a questão mais opaca. De qualquer forma, a opinião sugerida é a de que, pelo menos, a partir da lei de 1976, não haveria problema de *nullum crimen*. Possivelmente, na opinião concordante Lord Keith of Kinkel (ao que se juntaram Lord Brandon of Oakbrook, Lord Griffiths, Lord Ackner e Lord Lowry) na Câmara dos Lordes, a melhor interpretação era a de que já existia ‘violação’ *mesmo antes de 1976*. Cf. *C.R.*, para. 15. Mais interessante neste momento é, contudo, simular que existia um problema.

onde é que o tribunal foi desencantar a ideia de que o *nullum crimen* é amplamente reconhecido como norma de *jus cogens*. Esta foi certamente uma das primeiras decisões a avançar tal proposição. A afirmação replica o ponto de vista acadêmico do presidente do tribunal²⁰⁸⁴, o que pode, se se aceitar a consideração de que ele é certamente um dos mais destacados publicistas²⁰⁸⁵, não ser irrelevante no sentido de atenuar a crítica ao *dictum* em causa.

Deliberada, ou não, mais ou menos louvável, ela mais parece uma tentativa de iniciar uma mudança no direito aplicável do que uma aplicação ainda que liberal de direito existente. Tentativa esta que parece ter tido sucesso a julgar pela decisão do TEL e outras que se vêm proferindo e até, se se quiser, aquiescência aparentemente geral relativamente a tal asserção²⁰⁸⁶.

2.2.2. A possibilidade de a cláusula ser *jus cogens*

Neste contexto ter-se-ia também de responder à questão hodierna de se as leis da humanidade e os ditames da consciência pública operariam somente quando uma regulamentação jurídica prevista no costume ou tratado fosse duvidosa, incerta ou não clara, ou também quando essa regulamentação fosse contrária, caso em que tais princípios ou considerações seriam *jus cogens*²⁰⁸⁷. Apesar de a sua afirmação como *jus cogens* não ser normalmente avançada é possível que assim seja²⁰⁸⁸.

Caso o *nullum crimen* se tiver tornado *jus cogens*, surge então a questão de se a possibilidade de criminalização direta a partir da cláusula não terá sofrido uma limitação com a emergência do *nullum crimen* como norma de *jus cogens*, colocando-se o problema de se com esse sucesso o nível de exigência para considerar determinado

²⁰⁸⁴ Cf. MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, p. 565. Já sugerido em MERON, THEODOR, “On a Hierarchy of International Human Rights”, p. 11.

²⁰⁸⁵ Assim, GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, p. 354. Cf, também, a afirmação de Robert Goldman em THE CONTRIBUTION OF THE AD HOC TRIBUNALS TO INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, p. 1511.

²⁰⁸⁶ GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality*, pp. 315 e 316 concluía em 2009 que o princípio, pelo menos, estava a emergir como norma de *jus cogens*.

²⁰⁸⁷ A questão é colocada por CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause”, p. 213, referindo-se somente aos princípios ou considerações de humanidade.

²⁰⁸⁸ PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 134 considera-a como norma de *jus cogens* no âmbito do direito internacional humanitário. Cf., também, SALTER, MICHAEL, “Reinterpreting Competing”, p. 4, que afirma que a sua passagem de preâmbulos para o texto do artigo 1 com o PA-I sugere que atingiu um *status* de *jus cogens* e, indubitavelmente, tem força direta de uma norma com autoridade universal e vinculativa. DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, p. 140, coloca a hipótese de os “intimamente interligados” princípios básicos do direito internacional humanitário – distinção, necessidade militar, proporcionalidade, sofrimento desnecessário e humanidade – serem normas perentórias.

comportamento como crime não será mais elevado do que até ao surgimento do *nullum crimen* como norma de *jus cogens*.

Dois princípios de interpretação, ou melhor, dois “argumentos” poderosos de igual valor normativo cada um a “puxar” em direção oposta. Pensa-se que a articulação entre a cláusula e o princípio não será problemática se seguir a interpretação da cláusula e do *nullum crimen* propostas.

Seja como for, aceitando-se o *nullum crimen* como norma de *jus cogens* um último inquérito é necessário com o objetivo de descobrir se o esquema institucional existente de direito internacional está ‘juridicamente equipado’ para qualquer eventualidade.

2.2.3. *Jus Cogens*

As normas imperativas de direito internacional também são comumente conhecidas como normas perentórias ou normas de *jus cogens*²⁰⁸⁹. A noção de *jus cogens* é aceite quase unanimemente²⁰⁹⁰.

A exceção parece ser somente o governo francês, que se recusou a assinar e ratificar a Convenção de Viena por causa de sua referência ao *jus cogens*. A recusa da França não foi aceite porque é dado como certo que o *jus cogens* não permite o *status* de objeto persistente²⁰⁹¹.

O mesmo consenso (ou *quasi*-consenso) não existe em relação ao conteúdo e à definição de *jus cogens*²⁰⁹².

Dir-se-ia corrosivamente que a comunidade internacional é “profunda” o suficiente para ter concebido a ideia de *jus cogens*, mas não o bastante para saber o que fazer com ela²⁰⁹³.

²⁰⁸⁹ Sobre a origem do conceito, cf. NIETO-NAVIA, RAFAEL, “International Peremptory Norms (*Jus cogens*) and International Humanitarian Law” (disponível em <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>), pp. 1 a 9.

²⁰⁹⁰ Assim, WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?”, *Hierarchy in International Law, The Place of Human Rights*, Erika De Wet and Jure Vidmar (eds), Oxford, 01 March 2012, p. 25. Cf. também, COMMENTARY TO THE ILC ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS, 2001, UN Doc A/56/10, p. 112, para. 2; ILC REPORT OF THE STUDY GROUP ON FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF INTERNATIONAL LAW, A/CN.4/L.682, 13 April 2006, p. 206, para. 409.

²⁰⁹¹ WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy”. Cf., também, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 65; MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 374-376.

²⁰⁹² Assim, TAVERNIER, PAUL, “L’identification Des Règles Fondamentales, Un Problème Résolu?”, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds), Martinus Nijhoff Online, 2006, p. 1. Cf. também, NIETO-NAVIA, RAFAEL, “International Peremptory Norms”, p. 15.

As normas imperativas que são claramente aceites e reconhecidas incluem as proibições de agressão, genocídio, escravidão, discriminação racial, crimes contra a humanidade e tortura, bem como o direito à autodeterminação²⁰⁹⁴.

A disposição mais importante relativa ao *jus cogens* é o artigo 53 da Convenção de Viena²⁰⁹⁵, que – sob o título ‘[t]ratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*)’ – prescreve que “[é] nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”.

No contexto do artigo 53 três observações merecem destaque: hoje admite-se que os efeitos de normas imperativas não se limitam à validade dos tratados²⁰⁹⁶; as circunstâncias que excluam a ilicitude não podem justificar ou desculpar uma violação das obrigações de um Estado decorrentes de uma regra imperativa de direito internacional geral²⁰⁹⁷; violações graves destas normas implicam consequências especiais²⁰⁹⁸.

²⁰⁹³ Assim, KRITSIOTIS, DINO, “Imagining the international community”, *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º4, 2002, p. 990

²⁰⁹⁴ Assim, COMMENTARY TO THE ILC ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES, p. 85, par. 5

²⁰⁹⁵ O tratado foi assinado em Viena, em 23 de Maio 1969 e entrou em vigor em 27 de Janeiro de 1980. De acordo com o seu artigo 4 “[s]em prejuízo da aplicação de quaisquer normas enunciadas na presente Convenção às quais os tratados estejam submetidos por força do direito internacional, independentemente da Convenção, esta aplica-se unicamente aos tratados concluídos por Estados após a sua entrada em vigor relativamente a esses Estados”.

²⁰⁹⁶ Assim, COMMENTARY TO THE ILC ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES, p. 85, para. 5. “A consequência mais visível deste posto mais alto é que o princípio em causa não pode ser objeto de derrogação pelos Estados através de tratados internacionais ou costumes locais ou especiais ou mesmo por normas consuetudinárias gerais não dotadas da mesma força normativa”. *Furundžija*, para. 153. Ou por uma ação individual de um estado. Assim, MERON, THEODOR, “On a Hierarchy of International Human Rights”, pp. 19 e 20, acrescentando ainda, aludindo a referências de Marek e Verdross, que um estado por si só não tem permissão para uma derrogação em relação a uma qualquer norma de direito internacional e que o carácter de *jus dispositivum* da maioria das regras de direito internacional está no facto de um grupo de estados poder substituir, nas relações entre si, uma regra convencional por uma regra costumeira, sendo que a diferença entre as normas perentórias e as outras é a de que, no caso das primeiras, a proibição de derrogação é absoluta. Sobre esta e outras consequências das proibições de *jus cogens*, cf. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 105 a 107.

²⁰⁹⁷ Assim, COMMENTARY TO THE ILC ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES, p. 85, para. 6.

²⁰⁹⁸ Artigos 40 e 41 do COMMENTARY TO THE ILC ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES. Cf., ainda, CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, pp. 578 a 580.

O princípio do *jus cogens* tem fundamentos éticos inquestionáveis e antecedentes indiscutíveis e pode ser rastreado à distinção no direito romano entre *jus strictum* e *jus dispositivum* e a referências de Grotius à ideia de *jus strictum*²⁰⁹⁹.

A ideia é normalmente avançada de que o carácter especial das normas perentórias está enraizado no seu forte esteio ético universalmente aceite²¹⁰⁰, considerando-se que o sistema de valores internacional diz respeito a normas que foram integradas pelos estados em normas de direito positivo e que adquiriram uma posição hierárquica especial através da prática estatal, constituindo hoje estes valores internacionais – através desta combinação de estatuto jurídico superior e força ética – um ponto de referência fundamental na tomada de decisões²¹⁰¹.

Mais inquestionável é o facto de que elas são hierarquicamente superiores a outras normas²¹⁰². Isto significa que, mesmo tendo em conta todas as suas possíveis falhas²¹⁰³, as normas de *jus cogens* podem simplesmente aparecer²¹⁰⁴ e, em tal caso, as normas de nível inferior tem de ser verificadas no que diz respeito à sua compatibilidade com elas.

A forma mais provável de as normas perentórias surgirem é através de uma *opinio juris cogentis* geralmente compartilhada ou de uma convicção de que determinada norma pertence à categoria de *jus cogens*²¹⁰⁵. De forma semelhante à *opinio juris* em direito internacional consuetudinário, esta *opinio juris cogentis* poderia ser considerada como a convicção ou crença em geral compartilhada de que uma norma de direito internacional geral não permite derrogação²¹⁰⁶.

²⁰⁹⁹ Assim, MERON, THEODOR, “On a Hierarchy of International Human Rights”, p. 14.

²¹⁰⁰ Assim, WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy”, p. 26. NIETO-NAVIA, RAFAEL, “International Peremptory Norms”, p. 5.

²¹⁰¹ Assim, WET, ERIKA, “International Constitutional Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n.º 1, 2006, p. 57

²¹⁰² “Uma norma imperativa ou *jus cogens*, ou seja, uma norma que goza de uma posição mais elevada na hierarquia internacional que o direito convencional e até mesmo que as normas consuetudinárias ‘comuns’”. *Furundžija*, para. 153. A hierarquia implícita seria de natureza material, no sentido de que seria baseada na natureza ou carácter de uma norma particular, em vez de na fonte formal da qual as normas emergem. Assim, ILC REPORT OF THE STUDY GROUP ON FRAGMENTATION, para. 224.

²¹⁰³ Cf. a caricatura mordaz e engraçada feita em D’AMATO, ANTHONY, “It’s a bird, it’s a plane, it’s *jus cogens*!”, 2010, (disponível em <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/61>). Cf., também, FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application*, p. 163 to 171.

²¹⁰⁴ A sua existência foi pela primeira vez reconhecida pelo TIJ em 2006. Cf. MERON, THEODOR, *The Making*, p. 26.

²¹⁰⁵ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 152.

²¹⁰⁶ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 152.

2.2.4. *Jus cogens* e o Conselho de Segurança²¹⁰⁷

2.2.4.1. É pacífico que as decisões do Conselho de Segurança não podem violar ou ir contra o *jus cogens*

A opinião quase unânime é a de que as decisões do CS não podem ir contra as normas imperativas²¹⁰⁸. Tanto a doutrina como a prática inequivocamente confirmariam que os conflitos entre carta e as normas de *jus cogens* não resultam na preeminência das obrigações da carta mas na sua nulidade²¹⁰⁹.

A jurisprudência pauta pela mesma ideia. Em *Kadi*, por exemplo, o Tribunal de Primeira Instância da União Europeia (TPIUE) considerou, surpreendentemente²¹¹⁰, que “[n]o entanto, o Tribunal pode fiscalizar, de forma incidental, a legalidade das resoluções em causa do Conselho de Segurança, à luz do *jus cogens*, entendido como uma ordem pública internacional que se impõe a todos os sujeitos do direito internacional, incluindo as instâncias da ONU, e do qual não é possível derogar”²¹¹¹.

Já o Tribunal Europeu de Justiça (TEJ) adotou uma forte abordagem pluralista que não permite uma conclusão definitiva sobre a sua posição relativamente a esta questão²¹¹²: “[t]ratando-se, mais especificamente, de um ato comunitário que, como o regulamento controvertido, se destina a implementar uma resolução do Conselho de Segurança adotada ao abrigo do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, não compete portanto ao juiz comunitário, no âmbito da competência exclusiva prevista no artigo 220.º CE, fiscalizar a legalidade de tal resolução adotada por esse órgão internacional, ainda que essa fiscalização se limitasse ao exame da compatibilidade dessa resolução com o *jus cogens*”²¹¹³.

Em *Al-Jedda*, o juiz Bingham afirmou que “a referência no artigo 103 a ‘qualquer outro acordo internacional’ não deixa espaço para qualquer categoria de exceção, e que este parece ser o consenso da opinião mais avisada, não fornecendo as decisões do TIJ nenhuma justificativa para fazer qualquer distinção, *salvo se a obrigação for jus cogens*” e ainda que “agora parece ser

²¹⁰⁷ Neste ponto, e salvo indicação em contrário, o termo ‘carta’ refer-se à Carta das Nações Unidas.

²¹⁰⁸ CASSESE, ANTONIO, *International Law*, Oxford University Press, 2ª edição, 2005, p. 205; WOUTERS, JAN/ODERMATT, JED, “Quis Custodiet Consilium Securitatis?”, p. 16; NIETO-NAVIA, RAFAEL, “International Peremptory Norms”, p. 12, n. 89; TZANAKOPOULOS, ANTONIOS, “Collective Security and Human Rights” (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1677477>), pp. 11 and 29. Mais cauteloso DINSTEN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 349 e 250.

²¹⁰⁹ Assim, ILC REPORT OF THE STUDY GROUP ON FRAGMENTATION, p. 176, par. 376

²¹¹⁰ A surpresa vem da declaração do tribunal que defende a sua própria competência para fiscalizar a conformidade com as normas de *jus cogens* da ação do CS. Cf. BÚRCA, GRÁINNE, “The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi”, *51 Harvard International Law Journal*, 2010, p. 21.

²¹¹¹ ECJI, Case T-315/01, *Kadi v. Council & Comm’n*, E.C.R. II-3649, Case T-306/01, 2005, para. 226. Cf., também, ECHR, Judgment, *Case of Nada v Switzerland*, 12 de Setembro 2012, para. 45.

²¹¹² Sobre a abordagem pluralista do TEJ cf. BÚRCA, GRÁINNE, “The European Court of Justice”.

²¹¹³ ECJ, Joined Cases C-402 & 415/05P, *Kadi & Al Barakaat Int’l Found. v. Council & Comm’n*, 2008 E.C.R I-6351, para. 287

geralmente reconhecido na prática, que as decisões vinculativas do CS nos termos do capítulo VII colocam de lado todos os outros compromissos resultantes de tratado”²¹¹⁴.

De forma mais incisiva, o juiz Lauterpacht afirmou que “o conceito de *jus cogens* opera como um conceito superior tanto perante o direito internacional consuetudinário como perante um tratado. O socorro que o artigo 103 da Carta pode dar ao CS, em caso de conflito entre as suas decisões e uma obrigação de tratado não pode, por uma questão de simples hierarquia das normas, estender-se a um conflito entre uma resolução do CS e *jus cogens*. Na verdade, basta indicar a proposição oposta, a de que uma resolução do CS pode até mesmo exigir a participação no genocídio, para a sua inaceitabilidade se tornar manifesta”²¹¹⁵.

2.2.4.2. Mas a carta organiza as relações internacionais com base num ‘sistema internacional’

Apesar da estonteante unanimidade de opiniões, o autor desta tese não acompanha uma abordagem que defende automaticamente a superioridade da natureza constitucional das obrigações de *jus cogens*, mas negligencia a centralidade na ordem jurídica internacional das obrigações decorrentes de decisões do CS com o objetivo de manter a paz e a segurança internacionais.

Um sistema de segurança coletiva, com raízes na Liga das Nações, foi o principal objetivo dos redatores da carta ²¹¹⁶. Não está aqui em jogo uma qualquer organização internacional, mas a principal organização de adesão *quasi*-universal e que foi criada para perseguir os objetivos fundamentais da paz e da segurança internacionais, apoiada essa organização por fortes normas jurídicas que indicam a prioridade que deve ser dada às suas decisões²¹¹⁷.

Apesar de o sistema jurídico internacional não se limitar ao processo estabelecido no âmbito do sistema das Nações Unidas, a sua carta é o “centro de uma ordem constitucional” internacional²¹¹⁸.

Neste contexto é de facto perturbador o tratamento que o tribunal europeu dá à carta, pelo menos na medida em que a sua relação com o direito comunitário estava em causa, como não mais do que qualquer outro tratado internacional²¹¹⁹.

²¹¹⁴ Lord Bingham, *R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)*, [2007] UKHL 58 (2008); 1 AC 332; ILDC 832 (UK 2007), para. 35.

²¹¹⁵ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Order of 13 September 1993, Separate Opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, p. 440.

²¹¹⁶ Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 303 e 304.

²¹¹⁷ Assim, BÚRCA, GRÁINNE, “The European Court of Justice”, p. 26. ‘

²¹¹⁸ Assim, MCCORQUODALE, ROBERT, “An Inclusive International System”, *17 Leiden Journal of International Law*, 2004, p. 478.

²¹¹⁹ Assim, BÚRCA, GRÁINNE, “The European Court of Justice”, p. 23 and 24

Na verdade, dada a relevância jurídica das resoluções vinculativas do CS ao abrigo do capítulo VII da carta e a linguagem do artigo 103, a representação do direito internacional feita pelo TEJ enquanto ordem separada e paralela cujas exigências normativas não penetram a ordem jurídica doméstica da União é ainda mais desconcertante²¹²⁰.

A carta, e em especial o seu artigo 103, não podem ser tratados como um mero acordo internacional²¹²¹. O princípio consagrado no artigo 103 é considerado por toda a comunidade internacional como um princípio que vai além do direito dos tratados e que tem vindo a ser considerado como uma regra costumeira²¹²².

Embora a carta não tenha estabelecido algo como um governo mundial, ela organizou as relações internacionais com base num “sistema internacional”²¹²³. Esta “constituição”²¹²⁴ não pode ser ignorada nem pelos outros estados não pertencentes a ONU²¹²⁵ nem pelos indivíduos apenas ligados a esses estados e daí que estes também possam ser destinatários das decisões do CS²¹²⁶.

2.2.4.3. A hierarquia resultante do artigo 103

Deve-se então questionar se as decisões do CS – agindo *intra vires*, ou seja, dentro dos limites do quadro jurídico da carta²¹²⁷ – podem ou não podem impor obrigações que ‘colidam’ (ou que, de alguma forma, exijam um processo de harmonização), com normas imperativas. Neste contexto, deve-se ter em mente não só o referido artigo 53 da Convenção de Viena, mas também o artigo 25 do capítulo VII e o artigo 103 da carta.

²¹²⁰ Assim, BÚRCA, GRÁINNE, “The European Court of Justice”, p. 23 and 24

²¹²¹ Assim, WOUTERS, JAN/ODERMATT, JED, “Quis Custodiet Consilium Securitatis?”, p. 10.

²¹²² Assim, CONFORTI, BENEDETTO, “Consistency among Treaty Obligations”, E. Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, Oxford, Oxford University Press, p. 189.

²¹²³ Assim, *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 395.

²¹²⁴ Assim, FASSBENDER, BARDO, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *36 Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, pp. 531 e 532.

²¹²⁵ SADAT, LEILA/ CARDEN, S.R., “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution”, *88 The Georgetown Law Journal*, 2000, p. 410, n. 167, observando que a maioria dos autores aceita a sugestão de que a carta da ONU é a constituição da comunidade internacional e que os estados em Roma pareceram aderir a esta ideia, ao mesmo tempo que “teriam mudado a constituição em silêncio” ao estabelecerem o TPI fora do sistema da ONU.

²¹²⁶ Assim, FASSBENDER, BARDO, “The United Nations Charter as Constitution”, p. 610.

²¹²⁷ Como aponta o ILC REPORT OF THE STUDY GROUP ON FRAGMENTATION, p. 169, para. 331, as obrigações para os Estados-Membros das Nações Unidas só podem derivar de resoluções que são tomadas dentro dos limites dos poderes estabelecidos na carta, e logo decisões *ultra vires* não dão origem a quaisquer obrigações. Cf., também, TALMON, STEFAN, “The Security Council as World Legislator”, *99 The American Journal of International Law* 175, 2005, p. 178.

O artigo 25 estabelece que “[o]s membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta”.

Nos termos do capítulo VII, o CS pode tomar decisões a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais, incluindo a autorização para o uso da força. Estas decisões são vinculativas para todos os estados e podem limitar – a benefício da comunidade internacional como um todo – a soberania nacional e internacional dos estados e direitos de grupos e indivíduos²¹²⁸.

Ao fazê-lo o CS tem de encontrar um equilíbrio entre os interesses da paz e segurança internacionais (que é entendida em sentido lato) e os direitos humanos²¹²⁹. O Artigo 39 deixa a escolha dos meios e a sua avaliação ao CS – que goza de amplos poderes discricionários nesta matéria –, o que não poderia ser de outra forma, pois tal escolha envolve uma avaliação política de situações altamente complexas e dinâmicas²¹³⁰.

O artigo 103 estabelece que “[n]o caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas nos termos da presente Carta”²¹³¹. De uma certa perspectiva, este artigo eleva a carta ao *status* de um tratado internacional superior²¹³². É, como já se avançou, amplamente aceite que o direito costumeiro internacional tem evoluído sobre esta questão e que a superioridade em jogo estende-se agora às obrigações decorrentes do direito internacional consuetudinário²¹³³.

A hierarquia ou prevalência emergente deste artigo (e sua regra costumeira correspondente) pode ser vista como institucional, porque a disposição atribui

²¹²⁸ Assim, WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy”, pp. 17 and 18.

²¹²⁹ Assim, WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy”, pp. 17 and 18.

²¹³⁰ Assim, *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 39.

²¹³¹ O Artigo 30 (1) da Convenção de Viena, sob a epígrafe de ‘[a]plicação de tratados sucessivos sobre a mesma matéria’ estabelece que “[s]em prejuízo do disposto no artigo 103.º da Carta das Nações Unidas, os direitos e obrigações dos Estados Partes em tratados sucessivos sobre a mesma matéria são determinados de acordo com os números seguintes” (itálicos adicionados).

²¹³² Assim, WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy”, p. 18.

²¹³³ Cf., também, ILC REPORT OF THE STUDY GROUP ON FRAGMENTATION, p. 176, par. 345; MILANOVIĆ, MARKO, “Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?”, (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1372423>), p. 11.

prioridade às obrigações decorrentes da carta, com base na sua origem, ou seja, no facto de derivarem do CS (ele próprio uma criação de tratado)²¹³⁴.

A hierarquia também pode ser vista como material, porque o artigo 103 não deve, em caso algum, ser dado um significado estreito, simplesmente fundado em contrato. A importância de manter a paz e a segurança no mundo dificilmente pode ser exagerada²¹³⁵. Neste sentido, o artigo 103 pode ser encarado como uma “cláusula de supremacia” que sugere que os propósitos das Nações Unidas constituem uma “ordem pública internacional” e que os outros tratados e organizações internacionais que lhes dão efeito devem conformar-se com eles²¹³⁶.

A partir de uma perspectiva diferente, o artigo não estabelece uma regra hierarquia, mas uma regra de conflito e, portanto, a questão aqui não é de validade, mas de prioridade. A norma hierarquicamente inferior é simplesmente “bloqueada” na medida em que entra em conflito com a obrigação prevista no artigo 103²¹³⁷.

De acordo com outro ponto de vista, possivelmente subsumível no segundo tipo de hierarquia, o artigo 103 é *jus cogens*. Tendo em conta que, na prática, as obrigações decorrentes da carta são consideradas como não derogáveis e obrigatórias, a regra costumeira, correspondente ao artigo 103, talvez possa ser classificada como *jus cogens*²¹³⁸.

2.2.4.4. O problema das ‘regras conflitantes’

Várias observações devem ser avançadas em relação ao problema das ‘regras conflitantes’.

²¹³⁴ Assim, WET, ERIKA/ VIDMAR, JURE, “Conflicts between International Paradigms: Hierarchy versus Systemic Integration”, *Global Constitutionalism*, 2013, em vias de publicação (disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2269703>, p. 11.

²¹³⁵ Assim, Lord Bingham, *R (on the application of Al-Jedda)*, para. 34. Em *Youssef Nada v State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, o Supremo Tribunal Federal Suíço interpretou a aplicação do artigo 103 como um efeito de hierarquia normativa em direito internacional. Assim, WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy”, p. 19.

²¹³⁶ Assim, SHELTON, DINAH, “International Law and ‘Relative Normativity’”, *International Law*, Malcolm D. Evans (ed.), Oxford University Press, 2014, p. 157.

²¹³⁷ De acordo com o ILC REPORT OF THE STUDY GROUP ON FRAGMENTATION, p. 170, para. 333, a maior parte dos autores está de acordo neste ponto.

²¹³⁸ CONFORTI, BENEDETTO, “Consistency among Treaty Obligations”, p. 189, n. 11. Cf, também, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 21. Mas cf. TZANAKOPOULOS, ANTONIOS, “Collective Security and Human Rights”, p. 9, n. 32. Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 80. Cf., ainda, GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate”, pp. 170 a 172, que defende que o CS não pode, de forma conciliável com o direito e prática internacional contemporâneos, ser uma autoridade legislativa criminal para pessoas ligadas apenas a estados não membros, o que resultaria do ponto de vista tradicional de que os tratados, incluindo a carta, não vinculam estados sem o seu consentimento.

Por um lado, deve-se salientar que, por vezes, é necessária a harmonização ou a conciliação de diferentes regras. Isto é tão preciso relativamente a regras materiais de nível inferior como em relação às normas de nível hierárquico mais elevado: por exemplo, o facto de a proibição do uso da força ser *jus cogens* não significa que esta proibição seja absoluta, pois é legítimo usar a força em legítima defesa (o direito à autodefesa também é *jus cogens*)²¹³⁹. Mesmo que as regras em causa não sejam materiais, como por exemplo poderá ser o caso do artigo 103, tal não significa que harmonização não seja necessária. Se uma obrigação decorrente da carta está em conflito com uma obrigação de *jus cogens*, a consequência lógica não tem que ser que o *jus cogens* prevalece sobre uma obrigação à luz da carta. A natureza fundamental da carta e sua posição na comunidade jurídica internacional não autoriza com facilidade a conclusão de que o *jus cogens* deve sempre prevalecer.

Por outro lado, pode-se razoavelmente argumentar que, quando a conformidade com resoluções adotadas à luz do capítulo VII está em questão, o artigo 103 eleva a preocupação com a paz e segurança internacionais a um nível hierarquicamente superior²¹⁴⁰. Na verdade, a carta não prevê que as decisões em causa para terem força executória têm de estar em conformidade com o direito existente no momento em que sejam adotadas, pois o fim da ação de execução nos termos do artigo 39 não é manter ou restaurar o direito mas manter ou restaurar a paz, o que não é necessariamente idêntico a direito²¹⁴¹. Em última análise, deve-se enfatizar que, a decisão imposta pelo CS pode criar novo direito para o caso concreto²¹⁴². Todas as afirmações contidas neste parágrafo também ‘soam verdadeiras’ quando se imagina uma decisão do CS que supostamente colida com o *jus cogens*. O que talvez se deve destacar é que o fazer cumprir a carta é fazer cumprir o direito. Neste sentido, as resoluções adotadas com o fim de manter ou restabelecer a paz são novo direito para fazer cumprir direito. E que, eventualmente, são contrárias ao direito antigo.

²¹³⁹ Assim, CASSESE, ANTONIO, “Article 51”, Jean-Pierre Cot and Alain Pellet (eds.), *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*, 2005, 3.^a Edição, Paris, Éditions Economica, p. 790, *apud* TAVERNIER, PAUL, “L’identification Des Règles Fondamentales”, p. 17. Mas cf. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 193, que avança não ser claro que o seja.

²¹⁴⁰ Assim, WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy”, pp. 20 e 21, que afirma que se pode argumentar que, quando o CS cria uma obrigação que é incompatível com o *jus cogens*, duas hierarquias colidem, prevalecendo o *jus cogens*.

²¹⁴¹ Assim, KELSEN, HANS, *The Law of the United Nations*, Praeger New York, 1950, pp. 294 e 295; LAUTERPACHT, HERSCH, “The Limits of the Operation of the Law of War”, p. 243.

²¹⁴² Assim, KELSEN, HANS, *The Law of the United Nations*, p 295. Mas cf. TZANAKOPOULOS, ANTONIOS, “Collective Security and Human Rights”, p. 1.

2.2.4.5. De qualquer forma há limites

É avisado enfatizar que, embora o CS, quando aja nos termos do capítulo VII, não esteja obrigado a respeitar o direito internacional a não ser a carta, ela própria indica em várias disposições que as suas ações estão sujeitas ao princípio da proporcionalidade, indicando estas disposições que a sua legislação deve ser necessária para manter a paz e a segurança internacionais, não fosse a legislação do CS sempre de emergência²¹⁴³.

Além disso, não se esqueça que, de acordo com o artigo 24, a responsabilidade primordial do CS na manutenção da paz e da segurança internacionais deve ser feita de acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas.

Finalmente, talvez seja mais aceitável dar sentido a tudo o dito até ao momento, colocando as afirmações ao contrário. O CS, enquanto órgão da ONU, um sujeito de direito internacional, está vinculado pelo direito internacional, incluindo o *jus cogens*, é claro. No entanto, pode desviar-se deste nos casos em que tal desvio é *necessário para manter a paz e a segurança internacionais* e desde que use apenas os *meios necessários e proporcionais* para atingir esse objetivo e aja de *acordo com os propósitos e princípios das Nações Unidas*²¹⁴⁴.

2.2.4.6. Uma decisão do Conselho de Segurança prevalece ou tem prioridade sobre *jus cogens*

Pode haver diferentes abordagens jurídicas, mais ou menos rigorosamente formuladas, que levam à conclusão de que uma obrigação proveniente do CS prevalece ou tem prioridade sobre *jus cogens*. Pode-se argumentar que a obrigação do CS – supostamente a colidir com uma obrigação de *jus cogens* – mostra que a suposta obrigação *jus cogens* não é, na verdade, *jus cogens*, pois não é vista como tal pela comunidade internacional como um todo; ou que a obrigação de *jus cogens* deixa ser *jus cogens* porque não mais pode ser vista como norma que é considerada imperativa pela comunidade internacional como um todo, em resultado da prática dos seus membros

²¹⁴³ Assim, TALMON, STEFAN, “The Security Council as World Legislator”, p. 184.

²¹⁴⁴ Cf., também, *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 29; DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 438. Sobre os limites à acção do CS e necessidade de participação mais ampla na adoção de resoluções do CS cf. TALMON, STEFAN, “The Security Council as World Legislator”, pp. 182 a 185 e pp. 186 a 188.

mais importantes²¹⁴⁵. Ou ainda se pode arguir que a obrigação de *jus cogens* não produz todos os seus efeitos, tendo em vista a obrigação nos termos da carta.

De uma outra perspectiva, há uma colisão entre normas de *jus cogens*²¹⁴⁶. Assim, o artigo 103 seria invocado como um possível exemplo de uma norma imperativa de direito internacional. Mas aponta-se que a disposição se limita a estabelecer o primado da carta sobre qualquer outro acordo com ela incompatível, o que consubstanciaria uma cláusula de conflitos clássica, não proibindo a celebração de tratados contrários à carta nem proclamando a sua nulidade²¹⁴⁷. No contexto de uma nova regra de *jus cogens* revogar uma norma anterior com o mesmo carácter²¹⁴⁸ afirma-se que na prática isso é muito improvável – se não mesmo impossível – principalmente por causa da própria natureza destes princípios de *jus cogens* e, em particular, do facto de as normas de *jus cogens* serem reconhecidas como fundamentais e de natureza geral e da circunstância de só alcançarem esse *status* depois de terem sido reconhecidas como um todo²¹⁴⁹.

Mais em geral, uma forma pela qual uma norma imperativa pode ser revogada é através da perda do seu elemento essencial, a aceitação e reconhecimento da comunidade internacional dos estados como um todo, sendo a questão a de se isso é, na prática, possível, pois o efeito das normas imperativas é a nulidade dos atos derogatórios²¹⁵⁰. Ao contrário das normas consuetudinárias, uma perda gradual de aceitação do *status* de norma perentória não seria possível porque isso constituiria uma derrogação da norma, levando assim a retirada da aceitação por um ou alguns estados à nulidade dessa posição jurídica, afirmando-se, assim, a natureza imperativa da norma²¹⁵¹.

No entanto, uma revogação de uma norma imperativa por retirada de aceitação é possível se esta ocorresse de forma coletiva²¹⁵². A ideia é a de que a derrogação diz respeito à realização de atos incompatíveis através de normas estabelecidas por um grupo limitado de atores, ao contrário de uma decisão coletiva, defendendo-se assim que a norma imperativa

²¹⁴⁵ CZAPLIŃSKI, WŁADYSŁAW, “Ius cogens and the Law of Treaties”, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds), Martinus Nijhoff Online, 2006, p. 92. Cf., também, de forma algo diferente, WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy”, p. 29, que, apesar de considerar que uma obrigação costumeira se desenvolve ao longo do tempo, afirma que parece impossível, por definição, que uma regra costumeira se desenvolva de forma a criar uma obrigação que violasse o *jus cogens* de forma análoga à prevista pelo artigo 53 da Convenção de Viena.

²¹⁴⁶ Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 350.

²¹⁴⁷ Assim CZAPLIŃSKI, WŁADYSŁAW, “Ius cogens and the Law of Treaties”, p. 84, para quem o artigo 103 abrange todos os tipos de normas incluídas na carta, enquanto a categoria do *jus cogens* se refere exclusivamente a normas materiais.

²¹⁴⁸ Sobre a modificação de uma norma de *jus cogens* cf. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 107 a 109.

²¹⁴⁹ Assim, NIETO-NAVIA, RAFAEL, “International Peremptory Norms”, p. 17 and 18.

²¹⁵⁰ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 158.

²¹⁵¹ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 158.

²¹⁵² Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 160.

perderia o seu *status* se quase todos os estados coletivamente a revogassem, tornando-a numa norma comum de direito internacional geral, a qual poderia, então, ser substituída pelos processos normais de abrogação e, posteriormente, uma nova norma imperativa incompatível poderia ser estabelecida, terminando e anulando quaisquer vestígios da antiga norma²¹⁵³. E alerta-se para que, apesar de tal revogação de uma norma imperativa ser em teoria possível, é pouco provável que aconteça na realidade²¹⁵⁴. E discute-se ainda, de forma atribulada, como é que um tratado com intenção de mudar *jus cogens* pode mudá-lo se, ao tempo da sua celebração, ele está em conflito com a própria regra de *jus cogens* que intende modificar²¹⁵⁵.

De um ponto de vista menos complicado, e dê-se-lhe o nome que se quiser, se, por exemplo, a comunidade internacional como um todo se pronunciar no sentido de que uma determinada norma não é *jus cogens* então ela com certeza deixa de ser *jus cogens*²¹⁵⁶.

Enfim, poder-se-ia avançar também que a obrigação, nos termos da carta, leva a um estreitamento da obrigação de *jus cogens*; ou que a obrigação criada pelo CS é uma obrigação instantânea de *jus cogens* que revoga a anterior. A fim de revogar a anterior, a nova norma teria de ser instantaneamente reconhecida como *jus cogens* pela comunidade internacional como um todo²¹⁵⁷.

Seja qual for a abordagem, o resultado poderia muito bem ser que a obrigação, nos termos da carta, tem de ser cumprida.

2.2.4.7. A ordem constitucional internacional

Embora a ordem constitucional internacional não seja organizada de forma tão clara como a constituição de um estado, parece possível, pelo menos em alguns aspetos, abordá-la de uma forma semelhante com que se abeira uma constituição²¹⁵⁸. Ela tem princípios e normas materiais e tem regras organizacionais ou institucionais. Todas essas regras são hierarquicamente iguais e os confrontos entre elas são apenas aparentes, pois podem e devem ser conciliados por via de interpretação. Ao mesmo tempo que

²¹⁵³ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 159 e 160.

²¹⁵⁴ Assim, VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, p. 159 e 160.

²¹⁵⁵ Sobre esta discussão cf. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 108 e 109.

²¹⁵⁶ MERON, THEODOR, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, 1986, p. 184, sugere que a mera formulação de um tratado, por uma larga maioria dos estados, indica a emergência de um novo *jus cogens*, mesmo antes da entrada em vigor do tratado. Comenta-se que isto provavelmente vai longe demais. Assim, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 108. Mas possivelmente não vai, se se tiver em devida conta a prática estatal e *opinio iuris* disseminada que tal já representa. Ou seja, se se tiver em conta que o que está em causa é o costume que o tratado já gerou e não o tratado em si mesmo. Conferir também perguntas relacionadas em MERON, THEODOR, “On a Hierarchy of International Human Rights”, p. 9 e n. 41 nesta mesma página.

²¹⁵⁷ Mas cf. VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens*, pp. 159 e 160.

²¹⁵⁸ Mas cf. CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's*, p. 17.

uma regra material de *jus cogens* pode parecer por natureza absoluta, a sua natureza juridicamente vinculativa depende das características organizacionais do sistema em que é suposto ela produzir efeitos.

As obrigações de *jus cogens* e as decorrentes de uma decisão do CS, a fim de manter a segurança e a paz internacional, só podem ser vistas no sentido de que são hierarquicamente superiores às demais obrigações internacionais ou, pelo menos, que elas acarretam algum tipo de precedência sobre todas as outras obrigações. Isso significa que *ambas* pertencem ao quadro constitucional da ordem internacional.

Pode-se tentar contemplar uma espécie de hierarquia constitucional entre as duas, avançando-se que, do mesmo passo que artigo 103 certamente sugere um *status* hierarquicamente superior da carta sobre outras partes do direito internacional, a própria ideia de *jus cogens* sugere que mesmo a política das Nações Unidas pode esbarrar com um limite constitucional²¹⁵⁹.

Assim, há quem esboce uma hierarquia das normas do direito internacional com o *jus cogens* no ápice da pirâmide, as obrigações decorrentes da carta imediatamente abaixo, e todas as outras obrigações internacionais, de qualquer fonte, em posição inferior relativamente às obrigações da carta²¹⁶⁰, afirmando-se que, assim, da perspectiva dos estados membros as suas obrigações de direitos humanos estão sujeitas aos caprichos do CS, com exceção das poucas obrigações que são geralmente aceites como constituindo *jus cogens*²¹⁶¹. Mas o que a prática mostraria, pelo menos no tratamento de potenciais conflitos em tribunais domésticos, é que os estados (os tribunais sendo seus órgãos) têm grande relutância em aceitar que o artigo 103 conceda primazia às decisões do CS sobre as garantias mais fundamentais de direitos humanos, o que indicaria que os estados consideram que os direitos humanos fundamentais têm precedência sobre as obrigações impostas pelo CS²¹⁶², propondo-se assim que pode existir um outro nível hierárquico entre *jus cogens* e *jus dispositivum*, e que este nível não se refere às obrigações nos termos da carta em virtude do artigo 103, mas sim às garantias fundamentais dos direitos humanos²¹⁶³.

No entanto – e apesar da vasta doutrina e jurisprudência em contrário e com consciência do peso que deve ser atribuído a tal facto – adota-se aqui a posição de que não há indicação nítida de que os estados alguma vez tenham querido estabelecer tal resultado. Por outras palavras, não parece que se tenha formado uma regra de direito

²¹⁵⁹ Assim, ILC REPORT OF THE STUDY GROUP ON FRAGMENTATION, p. 206, para. 409,

²¹⁶⁰ Assim, TZANAKOPOULOS, ANTONIOS, “Collective Security and Human Rights”, p. 10

²¹⁶¹ Assim, TZANAKOPOULOS, ANTONIOS, “Collective Security and Human Rights”, pp. 11 e 12.

²¹⁶² Assim, TZANAKOPOULOS, ANTONIOS, “Collective Security and Human Rights”, p. 36.

²¹⁶³ ASSIM, TZANAKOPOULOS, ANTONIOS, “Collective Security and Human Rights”, p. 36.

internacional que impeça, em qualquer circunstância que se possa imaginar, uma ação do CS caso essa ação contrariasse uma norma de *jus cogens*. Pelo contrário, a conclusão oposta parece fluir do texto, espírito e lógica da carta e não parece verdadeiro argumentar que os estados, ao aceitar o conceito de *jus cogens*, quiseram restringir o âmbito dos poderes do CS à luz da carta para fazer o que quer que seja absolutamente necessário para manter a paz e a segurança internacionais. A uma grande responsabilidade vem associada um grande poder, quase ilimitado²¹⁶⁴. A consideração de que o CS, em face de uma ameaça, com o potencial para erradicar a raça humana, não pode autorizar as medidas necessárias tão-só porque tal ação colidiria com o *jus cogens* aparece, na verdade, como insustentável.

“In fact, a civilized society is not one that knowingly destroys itself, or knowingly allows itself to be destroyed and the circumstance that the Charter did not stipulate that mankind would continue, but it at least assumed that it would and the assumption was not the less fundamental for being implicit”²¹⁶⁵.

Assim, a melhor solução parece ser a de tentar dar sentido ao que as tais superioridades hierárquicas podem significar. Uma leitura do artigo 103, no âmbito do capítulo VII e do artigo 25, pode tranquilamente suportar a afirmação de que a necessidade de manter a paz e a segurança internacionais pode levar, em casos excepcionais, a uma decisão do CS que restrinja os efeitos que normalmente são inerentes a uma norma de *jus cogens*.

2.2.4.8. A manutenção da paz e segurança internacionais como consideração primordial

Aquela ideia disseminada apresenta então todos os indícios de não ter de ser seguida, rematando-se assim que o CS pode, se tal for absolutamente necessário para manter a paz e a segurança internacionais, criar novos crimes a serem aplicados retroativamente mesmo que o *nullum crimen* seja uma norma de *jus cogens*. Esta conclusão mostra que, de facto, os poderes do CS, dentro dos limites assinalados, são vastos.

Esta perspetiva pode ser aplicada também, de certa forma, em sentido oposto. Se o CS determinar que os tribunais excederam a sua autoridade e condenaram arguidos por crimes não existentes no momento dos factos podem adotar as medidas necessárias

²¹⁶⁴ Cf., também, DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 304 e 308.

²¹⁶⁵ *Nuclear Weapons Shahabuddeen*, p. 381.

à sua libertação se tal for absolutamente necessário para manter a paz e a segurança internacionais. Estes poderes até podem ser simplesmente decorrência do poder de criar os tribunais.

De qualquer forma, o que se sublinha é que o perigo de os tribunais excederem a sua autoridade é um poder objeto de supervisão e que, em geral, o modo particular como os modernos TPIs têm abordado as questões relacionadas com o princípio da legalidade, não é ‘olhado de lado’ pelos estados em geral nem pelo CS, o criador de alguns de entre eles, em particular.

Conclusões e comentários finais

Na primeira parte, adotou-se uma abordagem à cláusula de Martens que defende que ela vale tanto em guerra como em paz e que, em casos extremos, pode de per si servir como fundamento de criminalização de um determinado comportamento. Determinou-se que as suas normas têm força obrigatória como direito costumeiro pelo menos desde 1907.

Na segunda parte, analisou-se a ideia de que os crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade pelos quais os nazis foram julgados no final da Segunda Guerra foram *ex post facto* e que por isso teria havido violação do *nullum crimen nulla poena sine lege*. Apesar de se sustentar que este ainda não era uma limitação à soberania, atacou-se o problema em relação a cada um dos crimes, e a proposição foi na prática rejeitada. Propôs-se ainda que as normas de direito internacional são determinadas pelo exame de todas as suas fontes, incluindo as fontes subsidiárias, e que o método de interpretação utilizado pelo Tribunal Militar Internacional foi um método que teve em consideração as exigências de respeito pelo princípio da legalidade.

Na terceira parte, perspetivando o princípio da legalidade já como uma limitação à soberania, as críticas que sustentam que os novos tribunais penais internacionais também o violaram foram, na mesma larga medida, refutadas e constatou-se que as tais fontes e método continuaram, de forma idêntica, a ser utilizados de forma que, entretanto, já tinha sido legitimada pela comunidade internacional como um todo.

Na quarta parte, não só o princípio da legalidade mas também o próprio direito da guerra foram perscrutados com maior intensidade a propósito de duas decisões do TEDH que os abordaram. No fundo, para sublinhar que o princípio de legalidade protegido por este tribunal não é um verdadeiro *nullum crimen* e para dissipar dúvidas quanto à existência do *nulla poena* no plano internacional.

Por último, salientou-se que não é só a previsibilidade que está em causa e que há que ter cautelas adicionais. Um argumento forte que aponta para uma cuidada contenção judicial quando se trata de considerar um determinado comportamento como crime. Adivinhando-se que esta contenção não seja convincente para alguns, avançou-se a possibilidade de por vezes dever ter lugar uma aplicação de direito de forma retroativa. Possibilidade para a qual a comunidade internacional, principalmente por intermédio do

seu Conselho de Segurança, está ‘preparada’ ainda que o *nullum crimen nulla poena sine lege* seja *jus cogens*.

Talvez se possa acusar este trabalho de se tentar distanciar em demasia de uma discussão filosófica sobre a natureza positiva/natural/mista do direito em geral e direito internacional em particular. Independentemente da correção da sugestão, tentou-se explicar tudo sempre de uma perspectiva ‘de direito posto’, embora se tenha de compreender que alguém argua ter ela muito de pressuposto.

Não um estudo específico sobre uma questão específica de direito penal internacional, mas mais uma reflexão sobre o *nullum crimen nulla poena sine lege*, o direito da guerra e a interação entre ambos, este trabalho acaba por ser uma análise da forma como os tribunais de guerra deram vida aos crimes de direito internacional. Certamente que a qualidade dos juízes que, nos últimos 70 anos, decidiram destas questões contribuiu muito decisivamente para tal sucesso. E daí que muito do examinado incidu sobre as suas posturas perante as questões jurídicas com que se depararam. Inevitável foi por isso uma análise muito cheia de casos.

Se o papel de tribunais deste género se pode estar a esvanecer fica aqui então esta avaliação positiva da forma como desempenharam o papel que, neste particular aspeto, lhes coube.

Bibliografia

- 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*, 2011
- ALDRICH, GEORGE, “Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *The American Journal of International Law*, vol. 90, n.º 1, 1996
- ALEXY, ROBERT, “On the Concept and the Nature of Law”, *Ratio Juris*, vol. 21, n.º 3, 2008
- AMBOS, KAI, “Superior Responsibility”, in A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2002
- AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: Foundations and General Part*, vol. I, Oxford University Press, 2013
- AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law: The Crimes and Sentencing*, vol. II, Oxford University Press, 2014
- ARENDE, HANNAH, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, Penguin, 1963
- ASHWORTH, ANDREW, *Principles of Criminal Law*, 5.^a edição, Oxford University Press, 2006
- AUKERMAN, MIRIAM, “Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice”, *15 Harvard Human Rights Journal* 39, 2002
- BADAR, MOHAMED, “‘Just Convict Everyone!’ – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again, *Prosecutor v. Milomir Stakić: Judgment of the Appeals Chamber*”, *International Criminal Law Review* 6, 2006
- BASSIOUNI, M. CHERIF, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999
- BASSIOUNI, M. CHERIF, “The 'Nuremberg legacy'”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008
- BASSIOUNI, M. CHERIF *Crimes against Humanity, Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, 2014
- BAXTER, RICHARD, “The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant”, *27 British Yearbook of International Law* 235, 1950
- BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’: Spies, Guerrillas, and Saboteurs”, *28 British Yearbook of International Law*, 1951

BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction Over War Crimes” (1951), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013

BAXTER, RICHARD, “The Geneva Conventions of 1949” (1955), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013

BAXTER, RICHARD, “The First Modern Codification” (1963), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013

BAXTER, RICHARD, “Forces for Compliance with the Law of War” (1964), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013

BAXTER, RICHARD, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law”, 41 *British Yearbook of International Law* 275, 1965–1966,

BAXTER, RICHARD, “Perspective - The Evolving Laws of Armed Conflicts” (1973), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013

BAXTER, RICHARD, “*Ius in Bello Interno*: the Present and Future Law” (1974), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013

BIDDLE, FRANCIS, “The Nuremberg Trial”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008.

BIRKETT, NORMAN, “International Legal Theories Evolved at Nuremberg”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

BOAS, GIDEON, “Omission Liability at the International Criminal Tribunals – A Case for Reform”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010

BOISTER, NEIL, “The Application of Collective and Comprehensive Criminal Responsibility for Aggression at the Tokyo International Military Tribunal, The Measure of the Crime of Aggression?”, 8 *Journal of International Criminal Justice* 425, 2010

BOISTER, NEIL/ CRYER, ROBERT, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*, Oxford University Press, 2008

BRIERLY, J. L., *The Outlook for International Law*, Clarendon Press, 1944

- BROWNLIE, IAN, *International Law and the Use of Force By States*, Clarendon Press, Oxford, 1963
- BÚRCA, GRÁINNE, “The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi”, 51 *Harvard International Law Journal*, 2010
- 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
- CAEIRO, PEDRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O caso português*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010
- CAEIRO, PEDRO / LEMOS, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – SPSC, Judgment, *Prosecutor v. Beny Ludji and José Gusmão*”, in André Klip/Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, The International Criminal Tribunal for East-Timor*, vol. 16, Intersentia, 2009
- 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
- CAEIRO, PEDRO/LEMO, MIGUEL ÂNGELO, “Commentary – Judgment, *Prosecutor v. Kalimanzira*”, in: Klip, André / Sluiter, Goran (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals, The International Criminal Tribunal for Rwanda*, vol. 36, Intersentia, 2012
- CASSESE, ANTONIO, “The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?”, *European Journal of International Law*, Vol. 11, n.º 1, 2000
- CASSESE, ANTONIO, “Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematical Aspects”, Laurence Boisson de Chazournes & Vera Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Liber Amicorum G. Abi-Saab, The Hague: Martinus Nijhoff Pubs., 2001
- CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2003
- CASSESE, ANTONIO, *International Law*, Oxford University Press, 2ª edição, 2005
- CASSESE, ANTONIO, “Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law, The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR”, 4 *Journal of International Criminal Justice* 410, 2006
- CASSESE, ANTONIO, “Should Rebels be Treated as Criminals? Some Modest Proposals for Rendering Internal Armed Conflicts Less Inhumane”, *Cassese (ed), Realizing Utopia: The Future of International Law*, 2012
- CASSESE, ANTONIO/GAETA, PAOLA, *Cassese's International Criminal Law*, 3ª edição, 2013

CHENG, BIN, “United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?”, 5 *Indian Journal of International Law*, 1965

CHILE EBOE-OSUJI, “Complicity in Genocide versus Aiding and Abetting Genocide”, *Journal of International Criminal Justice* 3, 2005

CLARK, ROGER, “Nuremberg and Tokyo in Contemporary Perspective”, in *The Law of War Crimes, National and International Approaches*, Timothy L. H. McCormack & Gerry J. Simpson (eds), 1997

COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, SANDOZ/ SWINARSKI/ZIMMERMANN, *INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS*, MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS

CONFORTI, BENEDETTO, “Consistency among Treaty Obligations”, E. Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011

CRAWFORD, JAMES, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8.^a edição, 2012,

CRYER, ROBERT, “Prosecutor v. Galić and the War Crime of Terror Bombing”, 2 *IDF Law Review* 75, 2005-2006

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

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

CRYER, ROBERT, “International Criminal Tribunals and the Sources of International Law, Antonio Cassese’s Contribution to the Canon”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 10, 2012

CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, VOL. I: RULES, JEAN-MARIE HENCKAERTS AND LOUISE DOSWALD-BECK (EDS.), CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS

CZAPLIŃSKI, WŁADYSŁAW, “Ius cogens and the Law of Treaties”, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds), Martinus Nijhoff Online, 2006

DANNER, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *California Law Review*, vol. 93, 2005

DANNER, ALLISON, “When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, n.º 1, 2006

- DARCY, SHANE, “The Reinvention of War Crimes by the International Criminal Tribunals”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010
- DARCY, SHANE, *Judges, Law and War, The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2014
- DARCY, SHANE/POWDERLY, JOE, “Introduction, The International, Judicial Creativity”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010
- DINGWALL, JOANNA, “Unlawful Confinement as a War Crime: The Jurisprudence of the Yugoslav Tribunal and the Common Core of International Humanitarian Law Applicable to Contemporary Armed Conflicts”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 9, n.º 2, 2004
- DINSTEIN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007
- DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009
- DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2.ª Edição, Cambridge, 2010
- DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, 5ª Edição, Cambridge, 2011
- DINSTEIN, YORAM, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’ in International Law*, Oxford, 2012, (re-publicação do original de 1965, com novo prefácio)
- DINSTEIN, YORAM, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2014
- D’ASCOLI, SILVIA, *Sentencing in International Criminal Law, The UN ad hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart Publishing, 2011
- D’AMATO, ANTHONY, “Custom and Treaty: A Response to Professor Weisburd”, *21 Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1988
- D’AMATO, ANTHONY, “It’s a bird, it’s a plane, it’s *jus cogens!*”, 2010, (disponível em <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/61>)
- FASSBENDER, BARDO, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *36 Columbia Journal of Transnational Law*, 1998
- FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, T.M.C. Asser Press, 2006

FORD, STUART, “Crimes Against Humanity at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia: Is a Connection With Armed Conflict Required?”, *Pacific Basin Law Journal*, vol. 24, 2006.

WRIGHT, LORD, “Foreword”, *Law Reports Of Trials Of War Criminals*, vol. XV, 1949

WRIGHT, LORD, “Foreword”, *Law Reports Of Trials Of War Criminals*, vol. VIII, 1949

FICHTELBERG A., “Liberal Values in International Criminal Law: A Critique of Erdemović”, *6 Journal of International Criminal Justice* 3, 2008

FILIBECK, GIORGIO, “Restoring a Just Order in Post-Conflict Situations in the Light of the Social Teachings of the Catholic Church”, *International Review of the Red Cross*, vol. 38, n.º 322, 1998

FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª Edição, Oxford University Press, 2011

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

GAETA, PAOLO, “The Defence of Superior orders: the Statute of International Criminal Court versus Customary International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 10, n.º 1, 1999

GALLANT, KENNETH, “Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts”, *48 Villanova Law Review* 763, 2003

GALLANT, KENNETH, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2010

GALLANT, KENNETH, “Legality as a Rule of Customary International Law: Non-Retroactivity of Crimes and Punishments”, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1864930>

GLASER, STEFAN, “La Méthode d’Interpretation en Droit International Pénal”, *9 Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1966

GLASER, STEFAN, “The Nuremberg Charter and New Principles of International Law”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008.

GLUECK, SHELDON, “The Nuremberg Trial and aggressive war”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

GOODHART, A. L., “The Legality of the Nuremberg Trials”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

GREEN, LESLIE, “The Maxim *Nullum Crimen Sine Lege* and The Eichmann Trial”, *38 British Yearbook of International Law* 457, 1962

- GREENWOOD, CHRISTOPHER, “Is there a right of humanitarian intervention?”, *The World Today*, vol. 49, n.º 2, 1993
- GREENWOOD, CHRISTOPHER, “International Humanitarian Law and the Tadic Case”, *7 European Journal of International Justice*, 1996
- GREENWOOD, CHRISTOPHER, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 20, 1989
- GROTIUS, HUGO, *The Law of War and Peace*, Carnegie Foundation for International Peace, 1925
- GROTIUS, HUGO, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Alland/Goyard-Fabre (eds.) Léviathan, 1999,
- HAINES, STEVEN, “The United Kingdom and Legitimate Military Objectives: Current Practice and Future Trends?”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007
- HALBERSTAM, MALVINA, “Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety”, *The American Journal of International Law*, vol. 82, n.º 2, 1988
- HALL, JEROME, “Nulla Poena Sine Lege”, *The Yale Law Journal*, vol. 47, n.º 2, 1937
- HAPPOLD, MATTHEW, “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court for Sierra Leone’s Decision in Prosecutor v. Samuel Hinga Norman”, *Leiden Journal of International Law* 18, 2005
- HART, HERBERT, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961
- HEINTZE, HANS-JOACHIM, “Do Non-State Actors Challenge International Humanitarian Law?”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007
- HENCKAERTS, JEAN-MARIE, “Civil War, Custom and Cassese”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012
- HERIK, LARISSA, “Using Custom to Reconceptualize Crimes Against Humanity”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010
- HIGGINS, A. PEARCE, *The Hague Peace Conferences, and other International Conferences Concerning the Laws and Usages of War*, Cambridge University Press, 2014 (re-impressão de original de 1909)
- HUNT, DAVID, “The International Criminal Court High Hopes, 'Creative Ambiguity' and an Unfortunate Mistrust in International judges”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: RESPONSE OF JEAN-MARIE HENCKAERTS TO THE BELLINGER/HAYNES COMMENTS ON CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW STUDY, *International Legal Materials*, vol. 46, n.º 5, 2007

INTERPRETIVE GUIDANCE ON THE NOTION OF DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, ADOPTED BY THE ASSEMBLY OF THE INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS ON 26 FEBRUARY 2009, *International Review of the Red Cross*, vol. 90, n.º 872, 2008

JACKSON, ROBERT, “The Rule of Law Among Nations”, *31 American Bar Association Journal* 290, 1945

JACKSON, ROBERT, “The challenge of international lawlessness”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

JACOBS, DOV, “Positivism and International Criminal Law: The Principle of Legality as a Rule of Conflict of Theories”, Draft Version Submitted For Publication In. d’Aspremont and J. Kammerhofer (eds), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (disponível em <http://ssrn.com/abstract=2046311>)

JEFFRIES, JOHN, “Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes”, *Virginia Law Review*, vol. 71, n.º 2, 1985

JENNINGS, ROBERT, “The Identification of International Law”, in Bin Cheng (ed.), *International Law: Teaching and Practice*, Stevens, 1982

JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004

JESCHECK, HANS-HEINRICH, “The Development of International Criminal Law after Nuremberg”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

JUDGES IN CONTEMPORARY DEMOCRACY: AN INTERNATIONAL CONVERSATION, Breyer and Badinter (eds.), NYU Press, 2004

KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, Brill Academic Pub, 2ª edição, 2005 (reimpressão de original de 1971)

KIRGIS, FREDERIC, “Custom on a Sliding Scale”, *81 The American Journal of International Law*, 1987

KRANZBUHLER, OTTO, “Nuremberg Eighteen Years Afterwards”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

KELSEN, HANS, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial constitute a Precedent in International Law?”, *The International Law Quarterly*, vol. 1, n.º 2, 1947

KELSEN, HANS, *The Law of the United Nations*, Praeger, New York, 1950

KREB, CLAUS, “*Nulla poena nullum crimen sine lege*”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2010

KREB, CLAUS, “Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus”, *The European Journal of International Law*, vol. 20, n.º 4, 2010

KRITSIOTIS, DINO, “Imagining the international community”, *European Journal of International Law*, vol. 13, n.º4, 2002

LAMB, SUSAN, “Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law”, Cassese/Gaeta/Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, Oxford, 2002

LATERNSEER, HANS, “Looking Back at the Nuremberg Trials with Special Consideration of the Processes Against Military Leaders”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

LAUTERPACH, ELIHU, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010

LAUTERPACHT, HERSCH, “Some Observations on the Preparatory Work in the Interpretation of Treaties”, *48 Harvard Law Review*, 1935

LAUTERPACHT, HERSCH, “The Law of Nations and the Punishment of War Crimes”, *21 The British Yearbook of International Law* 58, 1944

LAUTERPACHT, HERSCH, “The Grotian Tradition in International Law”, *23 The British Year Book of International Law* 1, 1946

LAUTERPACHT, HERSCH, “The Limits of the Operation of the Law of War”, *30 British Yearbook of International Law* 206, 1953

LAUTERPACHT, HERSCH, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 2011 (re-impressão de original de 1966)

LAWRENCE, GEOFFREY, “The Nuremberg Trial”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

LUBAN, DAVID, “The Legacies of Nuremberg”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

MARINIELLO, TRIESTINO, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court’s Jurisprudence”, *Nordic Journal of International Law* 82, 2013

MARSTON, ALLISON/MARTINEZ, JENNY, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, *93 California Law Review* 75, 2005

MARTINEZ, JENNY, “Understanding Mens Rea in Command Responsibility, From Yamashita to Blaskić and Beyond”, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007

MAOGOTO, JACKSON, *Aggression: Supreme International Offence still in Search of Definition*, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1046221>

MCCORMACK, TIMOTHY, “From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime”, Timothy L.H. McCormack and Gerry J. Simpson (eds.), *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Kluwer Law International, 1997

MELONI, CHANTAL, “Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007

MERKEL, REINHARD, “The law of the Nuremberg Trial: valid, dubious, outdated”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

MERON, THEODOR, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, 1986

MERON, THEODOR, “On a Hierarchy of International Human Rights”, *The American Journal of International Law*, vol. 80, n.º 1, 1986

MERON, THEODOR, “Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez”, *The American Journal of International Law*, vol. 85, n.º 1, 1991

MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, Oxford University Press, 1993

MERON, THEODOR, “War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 88, n.º 1, 1994

MERON, THEODOR, “International Criminalization of Internal Atrocities”, *The American Journal of International Law*, vol. 89, n.º 3, 1995

MERON, THEODOR, “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 90, n.º 2, 1996

MERON, THEODOR, “War Crimes Law Comes of Age”, *The American Journal of International Law*, vol. 92, n.º 3, 1998

MERON, THEODOR, “The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience”, *The American Journal of International Law*, Vol. 94, n.º 1, 2000

MERON, THEODOR, *Bloody Constraint: War and Chivalry in Shakespeare*, Oxford University Press, 2000

MERON, THEODOR, “Revival of Customary Humanitarian Law”, *99 The American Journal of International Law* 817, 2005

- MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006
- MERON, THEODOR, *The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench*, Oxford University Press, 2011
- METTRAUX, GUÉNAËL, “Judicial Inheritance: The Value and Significance of the Nuremberg Trial to Contemporary War Crimes Trials”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008
- MILANOVIĆ, MARKO, “Was Nuremberg a Violation of the Principle of Legality?”, publicado a 18 de Maio 2010 em <http://www.ejiltalk.org/was-nuremberg-a-violation-of-the-principle-of-legality>
- MILANOVIĆ, MARKO, “Aggression and Legality, Custom in Kampala”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012
- NEVES, ANTÓNIO, “O Princípio da Legalidade Criminal – O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, 1984
- NIETO-NAVIA, RAFAEL, “International Peremptory Norms (*Jus cogens*) and International Humanitarian Law” (disponível em <http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>)
- O'BRIEN, JAMES, “The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia”, *The American Journal of International Law*, vol. 87, n.º 4, 1993
- OPPENHEIM, LASSA, *International law, A Treatise*, vol. I, 1.ª edição, Longmans, Green, and Co., 1905
- Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersh Lauterpacht (ed.), vol. II, 6.ª edição, London: Longmans Green and Co., 1944
- Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersh Lauterpacht (ed.), vol II, 7.ª edição, Longmans, Green, and Co., 1952
- Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersh Lauterpacht (ed.), vol. II, 8.ª edição, Longmans, Green, and Co., 1955
- PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007
- PAUST, JORDAN, “Nullum Crimen and Related Claims”, *25 Denver Journal of International Law & Policy* 321, 1996-1997,
- PLATTNER, DENISE, “Assistance to the Civilian Population: The Development and Present State of International Humanitarian Law”, 288 *International Review of the Red Cross*, 1992

- POLTORAK, A. I., "The Nuremberg Trials and the Question of Responsibility for Aggression", *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008.
- POWDERLY, JOSEPH, "Judicial Interpretation at the ad hoc Tribunals: Method from Chaos?", *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010
- PUSTOGAROV, VLADIMIR, "The Martens Clause in International Law", *Journal of the History of International Law*, Vol. 1, 1999
- RADBRUCH, GUSTAV, "Five Minutes of Legal Philosophy" (1945), translated by Bonnie Litschewski, Paulson and Stanley L. Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 1, 2006
- RAIMONDO, FABIÁN, "General Principles of Law, Judicial Creativity and the Development of International Criminal Law", *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010
- RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 3ª Edição, Oxford University Press, 2009
- ROBERTS, ADAM, "The Equal Application of the Laws of War: A Principle under Pressure", *90 International Review of the Red Cross* 931, 2008
- ROBERTS, ANTHEA, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation", *95 The American Journal of International Law*, 2001
- ROBINSON, DARRYL, "The Identity Crisis of International Criminal Law", *Leiden Journal of International Law* 21, 2008
- ROBINSON, DARRYL, "How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, Its Obfuscation, and a Simple Solution", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 13, 2012
- ROBINSON, DARRYL, "International Criminal Law as Justice", *Journal of International Criminal Justice* 11, 2013
- RÖLING, BERT, "The Nuremberg and the Tokyo Trials in retrospect", *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008
- RÖLING, BERNARD, *International Law in an Expanded World*, Djambatan, 1960
- SADAT, LEILA/ CARDEN, S.R., "The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution", *88 The Georgetown Law Journal*, 2000
- SALTER, MICHAEL, "Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause", *Journal of Conflict and Security Law*, n.º 17 (3), 2012

- SALTER, MICHAEL/EASTWOOD, MAGGI, “Post-war Developments of the Martens Clause: The Codification of ‘Crimes Against Humanity’ Applicable to Acts of Genocide”, *International Humanitarian Legal Studies* 2, 2011
- SALTER, MICHAEL, EASTWOOD, MAGGI, “Establishing the foundations for the international criminalisation of acts of genocide, From the Martens Clause to the International Criminal Court”, *Elements of genocide*, Behrens, Paul/Henham, Ralph (eds), Routledge, 2013
- SANDER, BARRIE, “Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence”, *Leiden Journal of International Law* 23, 2010
- SARKIN, JEREMY, “The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law and Their Application from at Least the Nineteenth Century”, *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 1, 2007
- SEPINWALL, AMY, “Failures to Punish: Command Responsibility in Domestic and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, 2009
- SCHAACK, BETH, “The Definition of Crimes Against Humanity, Resolving the Incoherence”, 37 *Columbia Journal of Transnational Law* 787, 1999
- SCHAACK, BETH, “*Crimen Sine Lege*: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals, 97 *The Georgetown Law Journal* 119, 2008
- SCHAACK, BETH, “The Principle of Legality in International Criminal Law”, 2011 (*ASIL Proceedings*, 2009)
- SCHAACK, BETH, “The Killing of Osama Bin Laden & Anwar Al-Aulaqi: Uncharted Legal Territory”, 2012 (disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/166>)
- SCHABAS, WILLIAM, “Kononov War Crimes Judgment Issued by European Court of Human Rights Grand Chamber”, publicado a 17 de Maio em <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2010/05/kononov-war-crimes-judgment-issued-by.html>.
- SCHABAS, WILLIAM, “Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 7, 1997
- SCHABAS, WILLIAM, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000
- 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
- SCHABAS, WILLIAM, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006

SCHABAS, WILLIAM, “Judicial Activism and the Crime of Genocide”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010

SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities, Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford, 2012

SCHABAS, WILLIAM, “Victor's Justice: Selecting ‘Situations’ at the International Criminal Court”, *The John Marshall Law Review* 43, 2010

SCHARF, MICHAEL, *Customary International Law in Times of Fundamental Change Recognizing Grotian Moments*, Cambridge, 2013

SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, *International Humanitarian Law Facing New Challenges Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Professor Dr. Wolff Heintschel von Heinegg, Professor Dr. Volker Epping (eds.), Springer, 2007

SCHWARZENBERGER, GEORG, *The Legality of Nuclear Weapons*, Stevens, 1958

SCHWEBEL, STEPHEN, “The Effect of Resolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law”, *73 American Society of International Law*, 1979, pp. 301, 302 e 308

SCHWELB, EGON, “Crimes Against Humanity”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

SELLARS, KIRSTEN, “Delegitimizing Aggression First Steps and False Starts after the First World War”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012

SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 4, 2004

SHAHABUDEEN, MOHAMED, “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise”, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.), Oxford University Press, 2010

SHAHABUDEEN, MOHAMED, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal, A Judge's Recollection*, Oxford University Press, 2012

SHAHRAM, DANA, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 99, n.º 4, 2009

SHELTON, DINAH, “International Law and ‘Relative Normativity’”, *International Law*, Malcolm D. Evans (ed.), Oxford University Press, 2014

SLIEDREGT, ELIES, “Article 28 of the ICC Statute: Mode of Liability and/or Separate Offense”, *12 New Criminal Law Review*, 2009

SLIEDREGT, ELIES, “Complicity in Genocide”, in Paola Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention, A Commentary*, Oxford University Press, 2009

SLIEDREGT, ELIES, “Command Responsibility at the ICTY – Three Generations of Case Law and Still Ambiguity”, in: A.H. Swart et al. (eds), *The Legacy of the ICTY*, Oxford University Press, 2011

SLOANE, ROBERT, “The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War”, *34 The Yale Journal of International Law* 47, 2009

STREBEL, HELMUT, “Martens Clause”, R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1997

SCHWARZENBERGER, GEORG, “The Judgment of Nuremberg”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008.

STIMSON, HENRY, “The Nuremberg Trial: landmark in law”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

THE ATTITUDE OF STATES TOWARD THE DEVELOPMENT OF HUMANITARIAN LAW, IN THE NEW HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICT, *Proceedings of the 1976 and 1977 conferences*, Antonio Cassese (ed.), 1980

TALLGREN, IMMI, “The Sensibility and Sense of International Criminal Law”, *13 European Journal of International Law*, 2002

TALMON, STEFAN, “The Security Council as World Legislator”, *99 The American Journal of International Law* 175, 2005

TAVERNIER, PAUL, “L’identification Des Règles Fondamentales, Un Problème Résolu?”, *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds), Martinus Nijhoff Online, 2006

TAYLOR, TELFORD, *The Anatomy of the Nuremberg Trials, A Personal Memoir*, Knopf Doubleday Publishing Group, 1992

TAYLOR, TELFORD, “The Nuremberg Trials”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

THE ATTITUDE OF STATES TOWARD THE DEVELOPMENT OF HUMANITARIAN LAW, IN THE NEW HUMANITARIAN LAW OF ARMED CONFLICT, Cassese (ed.), *Proceedings of the 1976 and 1977 conferences*, Antonio, 1980

THE CASE OF GENERAL YAMASHITA, A MEMORANDUM, by Courtney Whitney, Brigadier General, U.S. Army Chief, Government Section

THE CONTRIBUTION OF THE AD HOC TRIBUNALS TO INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, *13 American University International Law Review*, 1997-1998

TICEHURST, RUPERT, “The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, n.º 317, 1997 (disponível em <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jnhy.htm>)

TOMUSCHAT, CHRISTIAN, “The Legacy of Nuremberg”, *Journal of International Criminal Justice* 4, 2006

TREVES, TULLIO, “Customary International Law”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012

TZANAKOPOULOS, ANTONIOS, “Collective Security and Human Rights” (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1677477>)

VABRES, HENRI, *Les principes modernes du droit penal international*, Paris, Recueil Sirey, 1928,

VABRES, HENRI, “Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international”, *Recueil des cours*, 1947, vol. I.

VABRES, HENRI, “The Nuremberg Trial before Modern Principles of International Criminal Law”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaël Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008

VERHOEVEN, STEN, *Norms of Jus Cogens In International Law, A Positivist And Constitutionalist Approach*, Diss. Doct., Leuven, 2011

VOLZHSKAYA, MARIYA, “Kononov v. Latvia: A Partisan and a Criminal—The European Court of Human Rights Takes a Controversial Stance on War Crimes”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 2011

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

WALDOCK H., “Second Report on the Law of Treaties”, *II ILC yearbook*, 1963, pp. 36 e 52

WEERAMANTRY, CHRISTOPHER, BERMAN, NATHANIEL, “The Grotius Lecture Series”, *14 American University International Law Review* 1515, 1998-1999

WERLE, GERHARD/JEBBERGER, FLORIAN, *Principles of International Criminal Law*, 3ª edição, OUP Oxford, 2014

- WEIGEND, THOMAS, “In general a principle of justice”, The Debate on the ‘Crime against Peace’ in the Wake of the Nuremberg Judgment”, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012
- WECHSLER, HERBERT, “The issues of the Nuremberg Trial”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008
- WET, ERIKA, “International Constitutional Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n.º 1, 2006
- WET, ERIKA/ VIDMAR, JURE, “Conflicts between International Paradigms: Hierarchy versus Systemic Integration”, *Global Constitutionalism*, 2013, Forthcoming (disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2269703>)
- WIDMAR, JURE, “Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?, Hierarchy in International Law, The Place of Human Rights”, Erika De Wet and Jure Vidmar (eds), Oxford, 2012
- WILT HARMEN, “Can Romantics and Liberals be Reconciled? Some Further Reflections on Defending Humanity”, *7 Journal of International Criminal Justice* 529, 2009
- WOETZEL, ROBERT, *The Nuremberg trials in international law: with a postlude on the Eichmann case*, F.A. Praeger, 1962
- WOUTERS, JAN/ODERMATT, JED, “Quis Custodiet Consilium Securitatis? Reflections on the Lawmaking Powers of the Security Council”, 2013 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=2286208>)
- WRIGHT, QUINCY, “The law of the Nuremberg Trial”, *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Guénaél Mettraux (ed.), Oxford University Press, 2008
- YIHDEGO, ZERAY, “Darfur and Humanitarian Law: The Protection of Civilians and Civilian Objects”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 14, n.º 1, 2009
- ZAPPALÀ, SALVATORE, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, 2003
- ŽILINSKAS, JUSTINAS, “Kononov Case and the Baltic States”, *Jurisprudence* 18(3), 2011

Documentos

ACTES DE LA CONFERENCE REUNIE A BRUXELLES, DU 27 JUILLET AU 27 AOUT 1874, POUR REGLER LES LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE, Édition officielle, Bruxelles, 1874.

CLOSING SPEECH, HARTLEY SHAWCROSS, 26 e 27 de Julho 1946 (disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/07-26-46.asp>)

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

COMMENTARY TO THE ILC ARTICLES ON THE RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS, 2001, UN Doc A/56/10

CONFERENCE INTERNATIONALE DE LA PAIX, La Haye 18 Mai–29 Juillet 1899, Troisième Partie, 1899 (disponível em <https://archive.org/details/laconferenceint00inteuft>)

DOCUMENT A/CN.4/156 AND ADD.1-3, “Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1963

DOCUMENT A/CN.4/167 AND ADD.1-3, “Third Report on the Law of Treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur”, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1964

DRAFT ARTICLES ON RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS, WITH COMMENTARIES, 2001

FINAL REPORT OF THE COMMISSION OF EXPERTS ESTABLISHED PURSUANT TO SECURITY COUNCIL RESOLUTION 780, 1992, UN Doc. S/1994/674, 27 de Maio 1994

FINAL REPORT OF THE COMMITTEE, STATEMENT OF PRINCIPLES APPLICABLE TO THE FORMATION OF GENERAL CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW, *International Law Association, London Conference*, 2000

HISTORY OF THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION AND THE DEVELOPMENT OF THE LAWS OF WAR, London, 1948

ILC REPORT OF THE STUDY GROUP ON FRAGMENTATION OF INTERNATIONAL LAW: DIFFICULTIES ARISING FROM THE DIVERSIFICATION AND EXPANSION OF INTERNATIONAL LAW, A/CN.4/L.682, 13 April 2006

INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *American Draft of Definitive Proposal, Presented to Foreign Ministers at San Francisco*, Abril 1945 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack04.asp>)

INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Report to the President by Mr. Justice Jackson*, 6 de Junho 1945 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack08.asp>).

INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Revision of American Draft of Proposed Agreement*, 14 de Junho 1945 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack09.asp>).

INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Minutes of Conference Session of July 16, 1945* (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack30.asp>)

INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Draft Article on Definition of "Crimes"*, Submitted by French Delegation, 19 de Julho 1945 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack35.asp>).

INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Redraft of Definition of "Crimes"*, Submitted by Soviet Delegation, 25 de Julho 1945 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack48.asp>).

INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Revision of Definition of "Crimes"*, Submitted by American Delegation, 31 de Julho 1945 (disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack56.asp>)

INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Notes on Proposed Definition of "Crimes"*, Submitted by American Delegation, 31 de Julho 1945 (disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack55.asp>).

INTERNATIONAL CONFERENCE ON MILITARY TRIALS: LONDON, 1945, *Report to the President by Mr. Justice Jackson*, 7 de Outubro 1946 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/jack63.asp>).

JUSTICE JACKSON'S REPORT TO THE PRESIDENT ON ATROCITIES AND WAR CRIMES, 7 de Junho 1945 (http://avalon.law.yale.edu/imt/imt_jack01.asp)

LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. IV, 1948

LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. V, 1948

LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. VIII (*LAW REPORTS VIII*)

LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. XIII, 1949 (*LAW REPORTS XIII*)

LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, *Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. XIV, 1949 (Law Reports, *Rauter*)

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>)

OPENING STATEMENT OF THE PROSECUTION, JOSEPH B. KEENAN, International Military Tribunal Far East, 3 de Março 1946 (disponível em <https://historywandervogel.wordpress.com/2013/12/19/opening-statement-of-the-prosecution-joseph-b-keen-an-international-military-tribunal-far-east-may-3rd-1946/>)

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

REPORT OF THE SECRETARY GENERAL PURSUANT TO PARAGRAPH 5 OF THE SECURITY COUNCIL 955, 13 February 1995, UN Doc. S/1995/134

PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW RECOGNIZED IN THE CHARTER OF THE NÜRNBERG TRIBUNAL AND IN THE JUDGMENT OF THE TRIBUNAL (1950). *Text adopted by the International Law Commission at its second session, in 1950 and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session. The report, which also contains commentaries on the principles,*

appears in Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, para. 97 (Principios de Nuremberga).

Jurisprudência

Nuremberga e Tóquio

IMT, Judgment of 1 October 1946, The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany (*Göring*).

The United States of America vs. Otto Ohlendorf et al., US Military Tribunal Nuremberg, Outubro 1946 - Abril 1949, in Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10, Volume IV/1 (*Einsatzgruppen*)

The United States of America vs. Josef Altstötter, US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 4 December 1947, in Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10, Volume III, (*Justice*).

Trial of Friedrich Flick And Five Others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 20th April-22nd December, 1947

The United States of America vs. Wilhelm List, et al., US Military Tribunal, Nuremberg, Judgment of 19 February 1948, in Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals (*Hostages*)

The United States of America vs. Carl Krauch et al., US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 30 July 1948, Judgment of 30 July 1948, in Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, Vol. VIII (*The IG Farben*)

Krupp et al., US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 31 July 1948, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n.º 10, Vol. IX (*Krupp*).

The United States of America vs. Wilhelm von Leeb et al., US Military Tribunal Nuremberg, Judgment of 27 October 1948, in Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, Vol. IX (*High Command*)

Tribunal Penal Internacional para a Antiga Jugoslávia

Brđanin

ICTY, Decision on Interlocutory Appeal, *Prosecutor v. Brđanin*, 19 de Março 2004 (*Brđanin Jurisdição Recurso*)

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Brđanin*, 3 de Abril 2007 (*Brđanin Julgamento Recurso*)

ICTY, Judgment, Separate Opinion of Judge Meron, *Prosecutor v. Brđanin*, 3 de Abril 2007 (*Brđanin Meron*)

Erdemović

ICTY, Sentencing Judgment, *Prosecutor v. Erdemović*, 29 de Novembro 1996

ICTY, Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997

ICTY, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997(*Stephen*)

ICTY, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Li, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997 (*Li Erdemović*).

ICTY, Judgment, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, *Prosecutor v. Erdemović*, 7 de Outubro 1997 (*Cassese Erdemović*)

Galić

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Galić*, 30 de Novembro 2006.

ICTY, Judgment, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Schomburg, *Prosecutor v. Galić*, 30 de Novembro 2006, 30 de Novembro 2006

ICTY, Judgment, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Meron, *Prosecutor v. Galić*, 30 de Novembro 2006.

ICTY, Judgment, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Galić*, 30 de Novembro 2006, 30 de Novembro 2006.

Hadžihasanović

ICTY, Decision on Joint Challenge to Jurisdiction, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 12 de Novembro 2002 (*Hadžihasanović Jurisdição*)

ICTY, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 16 de Julho 2003 (*Hadžihasanović Jurisdição Recurso*)

ICTY, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, Partial Dissenting Opinion of Judge Hunt, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 11 March 2005

ICTY, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, Partial dissenting opinion of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 11 March 2005

ICTY, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 11 March 2005 (*Hadžihasanović*)

ICTY, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, Separate and Partial Dissenting Opinion of Judge Hunt, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 11 March 2005.

ICTY, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, Partial dissenting opinion of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Hadžihasanović*, 11 March 2005.

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura*, 11 de Março 2005

Tadić

ICTY, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, 10 de Agosto 1995 (*Tadić Jurisdição*)

ICTY, Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, 2 de Outubro 1995 (*Tadić Jurisdição Recurso*)

ICTY, Separate Opinion of Judge Li on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, 2 de Outubro 1995

ICTY, Separate Opinion of Judge Abi-Saab on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, *Prosecutor v. Tadić*, 2 de Outubro 1995 (*Tadić Jurisdição Recurso Abi-Saab*).

ICTY, Sentencing Judgment, *Prosecutor v. Tadić*, 14 de Julho 1997

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Tadić*, 15 de Julho 1999 (*Tadić Julgamento Recurso*)

ICTY, Judgment in Sentencing Appeals, Separate Opinion of Judge Cassese, *Prosecutor v. Tadić*, 26 de Janeiro 2000

Outras

ICTY, Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, *Prosecutor v. Milutinović*, 21 de Maio 2003 (*Milutinović Jurisdição Recurso*)

ICTY, Decision on Prosecution's Motion Appealing Trial Chamber's Decision on JCE III Foreseeability, *Prosecutor v. Karadžić*, 25 Junho 2009

ICTY, Judgment, Declaration of Judge Shahabuddeen, *Prosecutor v. Orić*, 3 de Julho 2008

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Blaskić*, 3 de Março 2000

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Blaskić*, 29 de Julho 2004

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Delalić*, 16 de Novembro 1998 (*Delalić*)

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Delalić*, 20 de Fevereiro 2001

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Furundžija*, 10 de Dezembro 1998 (*Furundžija*)

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Furundžija*, 21 de Julho 2000

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Gotovina*, 15 de Abril 2011 (*Gotovina*)

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Krajišnik*, 17 de Março 2009

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Kunarac*, 12 de Junho 2002

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Kupreskić*, 14 de Janeiro 2000

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Martić*, 8 de Outubro 2008

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Milošević*, 12 de Novembro 2009

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin*, 5 de Maio 2009

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Natelić*, 31 de Março 2003

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Orić*, 30 de Junho 2006

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Strugar*, 17 de Julho 2008

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Vasiljević*, 29 de Novembro 2002 (*Vasiljević*)

ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Vujin*, 31 de Janeiro 2000

Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

ICTR, Judgment, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, T, 2 de Setembro 1998.

ICTR, *Prosecutor v. Kanyabashi*, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 3 de Junho 1999

ICTR, Decision on Defense's Preliminary Motions Challenging Jurisdiction: Joint Criminal Enterprise, *Prosecutor v. Karemera*, 11 de Março 2004

ICTR, Decision on Count Seven of Amended Indictment, – Violence to Life, Health and Physical or Mental Well-Being of Persons, *Prosecutor v. Karemera*, 5 de Agosto 2005

Tribunal Especial para a Serra Leoa

SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, *Prosecutor v. Norman*, 24 de Maio 2004

SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Separate Opinion of Justice Gelaga King, *Prosecutor v. Norman*, 24 de Maio 2004

SCSL, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, Dissenting Opinion of Justice Robertson, *Prosecutor v. Norman*, 24 de Maio 2004 (*Robertson*)

SCSL, Judgment, *Prosecutor v. Fofana*, 28 de Maio 2008, para. 348.

Tribunal Permanente de Justiça Internacional

Affaire du “Lotus”, Arrêt de la Cour Permanente de Justice, Le 7 septembre 1927, in *Récueil des Arrêts*, Série A – N.º 70, Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale (*Lotus*)

Advisory Opinion n.º 27, *Consistency of certain Danzig legislative decrees with the constitution of the free city*, 4 de Dezembro 1935

Tribunal Internacional de Justiça

Nuclear Weapons

ICJ, Advisory Opinion, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 (*Nuclear Weapons*)

ICJ, Advisory Opinion, Dissenting Opinion of Judge Higgins, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996

ICJ, Advisory Opinion, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Declaration of President Bedjaoui, 1996

ICJ, Advisory Opinion, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Higgins, 1996

ICJ, Advisory Opinion, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Judge Koroma, 1996

ICJ, Advisory Opinion, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Dissenting Opinion of Vice-President Schwebel, 1996

Outros

ICJ, Judgment, *Corfu Channel case*, (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), 9 April 1949 (*Corfu*)

ICJ, Advisory Opinion, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 28 de Maio 1951

ICJ, Advisory Opinion, Separate Opinion Of Sir Hersch Lauterpacht, *Admissibility of Hearings by the Committee on South West Africa*, 1 de Junho 1956, Parte VI

ICJ, *North Sea Continental Shelf*, 20 de Fevereiro de 1969 (*North Sea Continental Shelf*)

ICJ, Judgment, *Nicaragua Merits* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986 (*Nicaragua Merits*)

ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Order of 13 September 1993, Separate Opinion of Judge ad hoc Lauterpacht

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Kononov

ECHR, Judgment, Grand Chamber, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 17 de Maio 2010 (*Kononov II*).

ECHR, Judgment, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 24 de Julho 2008 (*Kononov I*).

ECHR, Judgment, Grand Chamber, Dissenting Opinion of Judge Costa joined by Judges Kalaydjieva and Poalelungi, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 17 de Maio 2010

Maktouf

ECHR, Judgment, Grand Chamber, *Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia And Herzegovina*, Strasbourg, 18 de Julho, 2013 (*Maktouf*)

ECHR, Judgment, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Joined by Judge Vučinić, *Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia And Herzegovina*, Strasbourg, 18 de Julho, 2013 (*Maktouf Albuquerque*)

ECHR, Judgment, Concurring Opinion of Judge ECHR, Judgment, Concurring Opinion of Judge Ziemele, *Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia And Herzegovina*, Strasbourg, 18 de Julho, 2013

ECHR, Judgment, Concurring Opinion of Judge ECHR, Judgment, Concurring Opinion of Judge Kalaydjieva, *Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia And Herzegovina*, Strasbourg, 18 de Julho, 2013.

Outros

ECHR, Judgment, *Golder v. The United Kingdom*, 21 de Fevereiro 1975

ECHR, Admissibility decision, *Naletilić v. Croatia*, 4 de Maio 2000

ECHR, Judgment, *Case of C.R. v. The United Kingdom*, Strasbourg, 22 de Novembro 1995 (*C.R.*)

ECHR, Judgment, *Case of Cantoni v. France*, 11 de Novembro, Strasbourg, 11 de Novembro 1996

ECHR, Judgment, *Jorgić v. Germany*, 12 de Julho 2007

ECHR, Judgment, Grand Chamber, *Korbely v. Hungary*, 19 de Setembro 2008

ECHR, Judgment, *Case of Nada v Switzerland*, 12 de Setembro 2012

European Commission of Human Rights, Concurring Opinion of Mrs. Liddy, *S.W. v. The United Kingdom*, 27 de Junho 1994

European Commission of Human Rights, Dissenting Opinion of Mr. Loucaides joined by Mm. Trechsel, Nowicki and Cabral Barreto, *S.W. v. The United Kingdom*, 27 de Junho 1994

Decisões de outros tribunais

Recueil Des Sentences Arbitrales, Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (*Portugal contre Allemagne*), vol. II, 31 de Julho 1928

Attorney-General of Israel v. Eichmann, 29 de Maio, 1962 (*Eichmann*), para 11 (disponível em http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/eichmann_appeal.pdf)

Canada Supreme Court, *R. v. Imre Finta*, 24 de Março 1994 (disponível em <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1124/index.do>)

Lord Millett, Judgment of The House of Lords, *Regina v Bartle*, 24 de Março 1999 (disponível em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/17.html>)

ECFI, Case T-315/01, *Kadi v. Council & Comm'n*, E.C.R. II-3649, Case T-306/01, 2005

ECJ, Joined Cases C-402 & 415/05P, *Kadi & Al Barakaat Int'l Found. v. Council & Comm'n*, 2008

STL, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, 16 February 2011, p. 14, para. 14 (*STL Terrorism*).

Resumo

Esta tese é um estudo sobre a problemática inerente ao *nullum crimen nulla poena sine lege* no plano internacional. A aplicação do princípio nos tribunais de guerra, desde o início, se revelou problemática.

Na primeira parte, explora-se a cláusula de Martens, o seu significado e a possibilidade de as leis da humanidade e os ditames da consciência pública serem fontes de normas penais.

Na segunda parte, analisa-se de perto o julgamento do Tribunal Militar Internacional em Nuremberga e chega-se à conclusão que a ideia disseminada de que este aplicou direito *ex post facto* em detrimento do princípio da legalidade é errada. Os crimes de guerra, os crimes contra a paz e os crimes contra a humanidade são examinados em separado.

Uma conclusão similar é atingida na terceira parte depois de se proceder a uma análise de vários casos decididos pelos modernos tribunais penais internacionais (*Erdemović, Tadić, Norman, Furundžija e Vujin*). Sublinha-se também que as fontes de direito internacional e os métodos de interpretação utilizados em Nuremberga continuaram a ser utilizados, de forma legítima, pelos novos tribunais *ad-hoc*.

Na quarta parte, a viagem cronológica leva ao escrutínio de duas muito recentes decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Na primeira, *Kononov*, o direito da guerra é perscrutado com mais intensidade. Atacam-se os dilemas dos soldados, as operações no campo de batalha e as perplexidades que aqui se geram. A lei vigente – à altura da Segunda Guerra e hoje – em matéria de objetivos militares legítimos, punição solidária, represálias e ordens superiores é apurada. Na segunda, *Maktouf*, as ideias de que o *nulla poena* não existe no direito internacional e de que os crimes internacionais devem ser transformados em legislação nacional são impugnadas.

Na última Parte, à reflexão sobre o conteúdo do *nullum crimen*, junta-se, por um lado, um olhar, com *Hadžihasanović* como pano de fundo, sobre os comandantes e a natureza do seu controlo sobre as máquinas de guerra a quem eles dão ordens que supostamente devem ser obedecidas e, por outro, a problematização entre o ‘possível *status hodierno*’ do *nullum crimen* como norma de *jus cogens* e o ‘possível poder de feitura de legislação retroativa’ pelo órgão crucial para manter a paz.

Palavras chave: *nullum crimen; nulla poena*; direito da guerra

Abstract

This thesis analyses the *nullum crimen nulla poena sine lege* principle on the international plane. From the outset, the application of the principle in war crimes tribunals proved problematic.

The first part explores the Martens clause, its significance and the possibility that the laws of humanity and the dictates of public conscience are legitimate sources of international criminal norms. In the second part, a survey of the judgment of the International Military Tribunal at Nuremberg takes place. War crimes, crimes against peace and crimes against humanity are examined separately. The idea that this judgment involved the application of *ex post facto* law in violation of the principle of legality is rejected.

A similar conclusion is reached in the third part, while dissecting several cases decided by modern international criminal tribunals (*Erdemović, Tadić, Norman, Furundzija and Vujan*). It is also highlighted in this part that the sources of international criminal law and the methods of interpretation used at Nuremberg continue to be legitimately used by the new *ad hoc* tribunals.

In the fourth part, the ‘chronological journey’ leads to the scrutiny of two very recent decisions of the European Court of Human Rights. In the first one, *Kononov*, the law of war is scrutinized more intensively. Here one looks at the dilemmas of the soldiers and the operations on the battlefield. The law – both at the time of World War II and today – on legitimate military targets, collective punishment, reprisals and superior orders is checked. In the second one, *Maktouf*, the ideas that the *nulla poena* does not exist in international law and that international crimes should be transformed into national legislation are contested.

The last part digs into the true content of the *nullum crimen*. The case at point here is *Hadžihasanović*. Commanders and their duty of control over the ‘war machines’ to whom they give orders are used to flesh that content out. Finally, two issues are tackled: the ‘probable present-day’ *status* of the *nullum crimen* as a norm of *jus cogens* and the ‘probable power’ of the most important organ to keep the peace to enact retroactive legislation.

Keywords: *nullum crimen; nulla poena; law of war*