

Coordenadores:
Sylvia Helena Steiner
Leonardo Nemer Caldeira Brant

**O TRIBUNAL PENAL
INTERNACIONAL:**
**COMENTÁRIOS AO ESTATUTO
DE ROMA**



Belo Horizonte

ARTIGO 21: DIREITO APLICÁVEL¹

Alain Pellet²

A ideia de incluir uma definição do Direito aplicável a um tratado que institui uma jurisdição internacional é tão antiga (ou tão recente!) quanto a própria ideia de criar tais órgãos jurisdicionais.

O primeiro esforço de sistematização remonta ao artigo 7º do projeto de Convenção de 1907, que cria um Tribunal para Assuntos Internacionais³, cujo parentesco com o artigo 21 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI – é, sem dúvida alguma, impressionante. Do mesmo modo, quando da elaboração do Estatuto da CPJI, o Comitê dos Juristas da Liga das Nações, na impossibilidade de codificar todo o Direito Internacional, sabiamente, limitou-se a enumerar não as *regras* aplicáveis, mas as *fontes* de Direito para as quais o Tribunal deveria voltar-se para revelar estas regras. Tal é a origem do muito famoso artigo 38 do Estatuto da CPJI, transmitido, com pequenos ajustes de redação, no Estatuto da Corte Internacional de Justiça – CIJ em 1945⁴.

¹ Traduzido do original em francês por Loni Melillo Cardoso.

² Professor da Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense; Ex-presidente da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; Membro do Institut de Droit international. O presente comentário é vastamente derivado de minha contribuição sobre o direito aplicável à obra publicada sob a direção de A. Cassese, P. Gaeta e J.R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford U.P., 2002, pp. 1051-1084), a qual este atualiza e modifica em parte. Dedico meus enfáticos agradecimentos a Benjamin Samson pelo auxílio que me prestou para esta atualização.

³ No original, Cour Internationale des Prises. (N. do T.) “Se a questão de Direito a ser resolvida for prevista por uma convenção em vigor entre o beligerante captor e a própria potência que é parte no litígio, ou da qual o cidadão é parte no litígio, o Tribunal se conforma às cláusulas da referida convenção. Na falta de tais cláusulas, o Tribunal aplica as regras do Direito Internacional. Se regras geralmente reconhecidas não existirem, o Tribunal delibera de acordo com os princípios gerais da justiça e a equidade”.

⁴ Vide A. Pellet, “Article 38”, in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat and K. Oellers-Frahm (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2. ed., Editora Oxford. 2012. n.

os do TPIY e do TPIR são silentes no que diz respeito ao nmissão de Direito Internacional (CDI) se limitou, no seu le um Tribunal Penal Internacional de 1994, por um lado, a competência do Tribunal”⁵ e, por outro lado, sob o título licar, no artigo 33, as fontes das quais o Tribunal deveria as decisões. Como escreveu o professor James Crawford, projeto, o tratamento do Direito aplicável, como era pr-rópria simplicidade. (...) Não há dúvidas que dizer que as elas derivadas de tratados, do Direito Internacional geral são aquelas que devem ser aplicadas não é dizer muito. dos e regras e princípios de Direito Internacional devem s do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional é hoje havia muito sentido em tentar elaborá-las em um contexto

do TPI não tiveram esta modéstia. Sem dúvida, estes stava na base do projeto do artigo 33 e que se traduziu no ireito aplicável. Contudo, eles não só semearam o Estatuto isam (ou complicam) este artigo central⁸, mas ainda, ao se numa aventureira codificação dos crimes face aos quais cia em virtude do artigo 5º do seu Estatuto⁹.

o sistema de fontes às quais se refere o Estatuto é tão com-tão incerto, e a sua hierarquia tão ambígua, que se pode afastariam dele, pelo menos em parte, para recuperar os quer órgão jurisdicional e do qual os editores do Estatuto, eram privá-los¹⁰.

sobre os trabalhos da sua 46ª sessão, Anuário 1994, v. II, Parte 2, p.

o projeto, de 1994. Esta disposição, incontestavelmente calcada sobre o II, era redigido assim: “O Tribunal aplica: a) o presente Estatuto; b) os ncípios e regras do direito internacional geral; c) se for o caso, qualquer bid., p. 54-55.

or an International Criminal Tribunal”, AJIL, v. 88, 1994, n. 1, p. 147-iginal]. Para uma posição bastante hostil à inclusão de uma disposição el, porém pouco convincente, vide J. Verhoeven, “Article 21 of the biguities of Applicable Law”, *Netherlands Yearbook of Internacional* 3-22, em especial, p. 21.

l., par. 3, 80, 88, 103, 106 ou 107.

agora, 8 bis que definem o crime de agressão, se incluída a alteração 11 de junho de 2010 (não entrou em vigor, e não pronto para tanto – v.

natário destas linhas em A. Cassese, P. Gaeta e J.R.W.D.Jones (dir.), *The nacional Criminal Courte: Commentary*, Oxford U.P., 2002, p. 1051-

I. UM ENTRELACE DE FONTES IMPERFEITAMENTE DEFINIDAS

Dotado de uma personalidade jurídica própria¹¹, o Tribunal Penal Internacional responde em todos os pontos às definições clássicas das organizações internacionais. Trata-se, sem dúvida alguma, de uma “organização instituída por um tratado ou um outro instrumento regido pelo Direito Internacional e dotado de uma personalidade jurídica internacional própria”¹².

Como qualquer organização internacional, o Tribunal é investido de uma “missão própria”¹³, da qual deve se desincumbir aplicando não somente seu Estatuto, mas também outras normas de origens bastantes diversas às quais este faz referência expressa. De fato, o Tribunal deveria se referir a estas normas mesmo no silêncio do Estatuto. Ao constituir uma “nova ordem jurídica do Direito Internacional”¹⁴, ele é chamado a aplicar seu “Direito próprio”¹⁵, do qual o Estatuto e a “norma suprema”, mas também as regras às quais ele se refere, quer estas derivadas de seu Direito próprio (A), quer elas lhe sejam exteriores (B).

A. O “Direito próprio” do TPI

O artigo 21 do Estatuto menciona quatro fontes possíveis do Direito aplicável pelo Tribunal, que são próprias a ele e que se completam entre si; o próprio Esta-

¹¹ Cf. o artigo 4º do Estatuto.

¹² Ver artigo 2 (a) do projeto de artigos da CDI sobre a responsabilidade das organizações internacionais, anexo à Resolução 66/100, de 0 de dezembro de 2011 da Assembleia Geral. Esta definição é bastante próxima da proposta por Geral Fitzmaurice em seu Primeiro Relatório sobre o Direito dos Tratados: “grupo de Estados estabelecido convencionalmente, dotado de uma constituição e de órgãos comuns, e que possui uma personalidade distinta daquela de cada um dos Estados que o compõem.” (*Ann. C.D.I.*, 1956, v. II, p. 110). Sobre a questão geral do *status* jurídico das jurisdições internacionais, vide especialmente P. Kovács, “Erreurs ou métamorphoses autour de la personnalité juridique e des sources dans le droit international? (À propos des tribunaux internationaux en nombre grandissant)”, in P. Kovács (dir.), *International Law at the Turn of the Millenium – The Hungarian Approach*, Budapest, Pázmány Péter Catholic University, 2000, pp. 96-115 ou R. Maison, “Les juridictions pénales internationales” in E. Lagrange e J.M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2013, pp. 705-713.

¹³ Ver C.I.J., opinião consultiva, 11 de abril de 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Rec. 1949*, p. 178. Cf. artigo 1º do Estatuto.

¹⁴ Cf. C.J.C.E., aff. 26/62, *Van Gend en Loos, Rec. IX*, p. 23.

¹⁵ A este respeito, vide notavelmente: C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations*, London, Stevens, 1962, 282 p. ou Ph. Cahier, “Le droit interne des organisations internationales”, *R.G.D.I.P.*, 1963, pp. 563-602 ou “L’ordre juridique interne des organisations internationales”, in R.J. Dupuy (dir.), *A Handbook of International Organizations*, Académie de Droit international, Dordrecht/Boston/Lancaster, Nijhoff, 1988, pp. 237-257, e o comentário do artigo 2 (b) do Projeto de Artigos da CDI sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, conforme nota

Enquanto os Estatutos do TPIY e do TPIR são silentes no que diz respeito ao Direito aplicável, a Comissão de Direito Internacional (CDI) se limitou, no seu anteprojeto do Estatuto de um Tribunal Penal Internacional de 1994, por um lado, a enumerar “os crimes da competência do Tribunal”⁵ e, por outro lado, sob o título “Direito aplicável”, a indicar, no artigo 33, as fontes das quais o Tribunal deveria servir-se para tomar as suas decisões. Como escreveu o professor James Crawford, principal elaborador do projeto, o tratamento do Direito aplicável, como era previsto no artigo 28⁶, “é a própria simplicidade. (...) Não há dúvidas que dizer que as regras aplicáveis – sejam elas derivadas de tratados, do Direito Internacional geral ou do Direito Interno – são aquelas que devem ser aplicadas não é dizer muito. Mas a forma como tratados e regras e princípios de Direito Internacional devem ser aplicados, nos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional é hoje bastante entendida, e não havia muito sentido em tentar elaborá-las em um contexto particular.”⁷.

Os editores do Estatuto do TPI não tiveram esta modéstia. Sem dúvida, estes retomaram a ideia que estava na base do projeto do artigo 33 e que se traduziu no artigo 21, dedicado ao Direito aplicável. Contudo, eles não só semearam o Estatuto de disposições que precisam (ou complicam) este artigo central⁸, mas ainda, ao mesmo tempo, lançaram-se numa aventureira codificação dos crimes face aos quais o Tribunal tem competência em virtude do artigo 5º do seu Estatuto⁹.

Consequentemente, o sistema de fontes às quais se refere o Estatuto é tão complexo e, de certo modo, tão incerto, e a sua hierarquia tão ambígua, que se pode pensar que os Juizes se afastariam dele, pelo menos em parte, para recuperar os poderes inerentes a qualquer órgão jurisdicional e do qual os editores do Estatuto, incontestavelmente, quiseram privá-los¹⁰.

⁵ Artigo 20; CDI, Relatório sobre os trabalhos da sua 46ª sessão, Anuário 1994, v. II, Parte 2, p. 40-43.

⁶ Artigo 33 no primeiro projeto, de 1994. Esta disposição, incontestavelmente calcada sobre o artigo 38 do Estatuto do CIJ, era redigido assim: “O Tribunal aplica: a) o presente Estatuto; b) os tratados aplicáveis e os princípios e regras do direito internacional geral; c) se for o caso, qualquer regra de direito interna”; *ibid.*, p. 54-55.

⁷ “*The ILC’s Draft Statute for an International Criminal Tribunal*”, AJIL, v. 88, 1994, n. 1, p. 147-148, [em inglês no texto original]. Para uma posição bastante hostil à inclusão de uma disposição relativa ao direito aplicável, porém pouco convincente, vide J. Verhoeven, “*Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law*”, *Netherlands Yearbook of International Law*, v. XXXIII, 2002, p. 3-22, em especial, p. 21.

⁸ Cf. os artigos 9, 10, 21, 22, par. 3, 80, 88, 103, 106 ou 107.

⁹ Vide os artigos 6º a 8º e, agora, 8 *bis* que definem o crime de agressão, se incluída a alteração adotada em Kampala em 11 de junho de 2010 (não entrou em vigor, e não pronto para tanto – v. *infra* nota 22).

¹⁰ Vide a contribuição do signatário destas linhas em A. Cassese, P. Gaeta e J.R.W.D.Jones (dir), *The Roma Statute of the International Criminal Courte: Commentary*, Oxford U.P., 2002, p. 1051-1084.

I. UM ENTRELACE DE FONTES IMPERFEITAMENTE DEFINIDAS

Dotado de uma personalidade jurídica própria¹¹, o Tribunal Penal Internacional responde em todos os pontos às definições clássicas das organizações internacionais. Trata-se, sem dúvida alguma, de uma “organização instituída por um tratado ou um outro instrumento regido pelo Direito Internacional e dotado de uma personalidade jurídica internacional própria”¹².

Como qualquer organização internacional, o Tribunal é investido de uma “missão própria”¹³, da qual deve se desincumbir aplicando não somente seu Estatuto, mas também outras normas de origens bastantes diversas às quais este faz referência expressa. De fato, o Tribunal deveria se referir a estas normas mesmo no silêncio do Estatuto. Ao constituir uma “nova ordem jurídica do Direito Internacional”¹⁴, ele é chamado a aplicar seu “Direito próprio”¹⁵, do qual o Estatuto e a “norma suprema”, mas também as regras às quais ele se refere, quer estas derivadas de seu Direito próprio (A), quer elas lhe sejam exteriores (B).

A. O “Direito próprio” do TPI

O artigo 21 do Estatuto menciona quatro fontes possíveis do Direito aplicável pelo Tribunal, que são próprias a ele e que se completam entre si; o próprio Esta-

¹¹ Cf. o artigo 4º do Estatuto.

¹² Ver artigo 2 (a) do projeto de artigos da CDI sobre a responsabilidade das organizações internacionais, anexo à Resolução 66/100, de 0 de dezembro de 2011 da Assembleia Geral. Esta definição é bastante próxima da proposta por Geral Fitzmaurice em seu Primeiro Relatório sobre o Direito dos Tratados: “grupo de Estados estabelecido convencionalmente, dotado de uma constituição e de órgãos comuns, e que possui uma personalidade distinta daquela de cada um dos Estados que o compõem.” (*Ann. C.D.I.*, 1956, v. II, p. 110). Sobre a questão geral do *status* jurídico das jurisdições internacionais, vide especialmente P. Kovács, “Erreurs ou métamorphoses autour de la personnalité juridique e des sources dans le droit international? (À propos des tribunaux internationaux en nombre grandissant)”, in P. Kovács (dir.), *International Law at the Turn of the Millenium – The Hungarian Approach*, Budapest, Pázmány Péter Catholic University, 2000, pp. 96-115 ou R. Maison, “Les juridictions pénales internationales” in E. Lagrange e J.M. Sorel (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2013, pp. 705-713.

¹³ Ver C.I.J., opinião consultiva, 11 de abril de 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Rec. 1949*, p. 178. Cf. artigo 1º do Estatuto.

¹⁴ Cf. C.J.C.E., aff. 26/62, *Van Gend en Loos*, *Rec. IX*, p. 23.

¹⁵ A este respeito, vide notavelmente : C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations*, London, Stevens, 1962, 282 p. ou Ph. Cahier, “Le droit interne des organisations internationales”, *R.G.D.I.P.*, 1963, pp. 563-602 ou “L’ordre juridique interne des organisations internationales”, in R.J. Dupuy (dir.), *A Handbook of International Organizations*, Académie de Droit international, Dordrecht/Boston/Lancaster, Nijhoff, 1988, pp. 237-257, e o comentário do artigo 2 (b) do Projeto de Artigos da CDI sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, conforme nota 10, Relatório da CDI sobre sua 63ª Sessão A/66/10, pp. 78-79, pars. 16-21.

tuto, os Elementos dos Crimes, as Regras de Procedimento e de Prova e, de uma maneira um pouco ambígua, a jurisprudência do Tribunal.

a) *O Estatuto*

Sua natureza é tripla.

O Estatuto é, em primeiro lugar, o ato constitutivo da organização internacional que é o Tribunal. Para tanto, ele contém disposições a respeito:

- da “Instituição do Tribunal” (capítulo I), incluindo disposições sobre sua ligação com as Nações Unidas, que foram objeto de um acordo, preparado e aprovado pela Assembleia dos Estados Partes¹⁶ e celebrado entre o Presidente do Tribunal no exercício de suas funções (artigo 2º)¹⁷; sua sede, cujo *status* foi também definido por um acordo concluído pelo mesmo procedimento¹⁸ (artigo 3º)¹⁹; sua personalidade jurídica; seu *status* e seus poderes sobre o território dos Estados membros, bem como sobre os territórios de Estados que tenham celebrado “acordos especiais” com o Tribunal (artigo 4)²⁰;
- da estrutura da instituição e de seu modo de funcionamento (capítulo IV, “Composição e Administração do Tribunal”; capítulo XI, “Assembleia dos Estados Partes”; e capítulo XII, “Financiamento”²¹);
- e das “Cláusulas finais” (capítulo XIII).

Como em qualquer outro ato constitutivo, estamos diante de um “tratado de um tipo particular”²², que desempenha o papel tanto de acordo entre Estados Partes quanto de “constituição da organização, que ocupa o ápice hierárquico das normas aplicáveis”²³.

¹⁶ Ver Resolução F do Ato Final da Conferência de Roma – A/CONF.183/2/Add.1, 17 de julho de 1998, par. 5 (c).

¹⁷ Acordo negociado sobre as relações entre o Tribunal Penal Internacional e a Organização das Nações Unidas, Nova Iorque, 4 de outubro de 2004.

¹⁸ Vide Resolução F, citada na nota 14, par. 4 (d); todavia, a Comissão Preparatória estava encarregada apenas de preparar um “projeto de princípios de base para reger o acordo de sede”.

¹⁹ Acordo de sede entre o Tribunal Penal Internacional e o Reino dos Países Baixos, ICC-BD/04-01-08, Haia, 7 de junho de 2007.

²⁰ Ver, por exemplo, o Acordo sobre as Relações entre as Nações Unidas e o TPI de 4 de outubro de 2004, ou o Acordo de Cooperação e de Assistência entre o TPI e a União Europeia de 10 de abril de 2006. Vide ainda os numerosos acordos relativos à execução de penas (concluídos, por exemplo, com o Reino Unido, em 2007, a Finlândia e a Dinamarca, em 2010, a Colômbia, em 2011, ou o Mali, em 2012) ou diversos acordos de cooperação judiciária (como o assinado em 2004 entre o TPI e a República Democrática do Congo).

²¹ Neste ponto, o Estatuto é completado por um Regulamento Financeiro e por regras de gestão financeira (v. *ibid.*, par. 5 (e)) adotado pela Assembleia dos Estados-partes (artigo 113) em 9 de setembro de 2002, disponível em: www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Pages/financiera%20regulations%20and%20rules.aspx.

²² Conforme CIJ, opinião consultiva de 8 de julho de 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Rec. 1996, p. 75, par. 19.

²³ Ver *infra*, par. 100.

O Estatuto é também um código de Processo Penal que determina a competência do Tribunal (capítulo II) e rege as modalidades de investigação e de indiciamento (capítulo V), o desenrolar do processo (capítulo VI), as penas e sua execução (capítulos VII e X), a apelação contra decisões do Tribunal e a revisão destas (capítulo VIII). Além disso, uma vez que se trata de um tribunal de natureza internacional, o Estatuto fixa também – e com grande riqueza de detalhes – as obrigações dos Estados em matéria de cooperação e assistência judiciária (capítulo XIX).

Finalmente, o Estatuto comporta elementos de um verdadeiro código penal, ao definir três crimes para os quais o Tribunal é competente (artigos 6 a 8)²⁴ e ao enunciar os “Princípios gerais do Direito Penal” (capítulo III²⁵).

Esta última dimensão dada ao Estatuto não era uma necessidade natural. Era, sem dúvida, necessário definir a competência do Tribunal e responder às exigências do princípio *nullum crimen sine lege*, cujo respeito se impõe a qualquer processo penal – como, inclusive, determina o artigo 11, parágrafo 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mas não havia razões de utilidade para se entrar em detalhes tão precisos, e não era tampouco indispensável enunciar-se – sobretudo em tamanho detalhamento – a regras aplicáveis ao julgamento de mérito²⁶.

Os estatutos de algumas jurisdições penais anteriores comportam elementos de definição dos crimes para os quais aquelas tinham competência. Tanto o artigo 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg quanto as disposições correspondentes dos estatutos dos tribunais *ad hoc*²⁷ se limitam a incriminações de natureza razoavelmente geral, e os Juízes dos tribunais de Nuremberg e Tóquio, por um lado, e da Haia e de Arusha, do outro, se acomodaram bastante bem à concisão relativa das disposições de mérito dos respectivos estatutos. Entretanto, e paradoxalmente, quanto mais o tempo passa, mais tais disposições de mérito se tornam detalhadas, e

²⁴ Após as emendas de Kampala, adotadas em 11 de junho de 2010, um artigo 8 *bis* foi incluído no Estatuto. Em conformidade ao artigo 121, par. 5 do Estatuto, esta disposição passa a vincular os Estados que a tiverem aceitado um ano após o depósito dos respectivos instrumentos de ratificação (atualmente – em 30 de abril de 2014 – as emendas foram aceitas por treze Estados e entraram em vigor para seis deles).

²⁵ Como ressalta Pierre-Marie Dupuy, outros princípios gerais do Direito Internacional Penal são enunciados em outras partes do Estatuto (art. 20, sobre a regra *ne bis in idem*, ou o art. 66, sobre a presunção de inocência) (cf. “ Normes internationales pénales e droit impératif (*jus cogens*) ”, in H. Ascensio, E. Decaux e A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2ª ed. 2012, pp. 81-90).

²⁶ Sobre os méritos e os limites de um enunciado tão preciso, ver L. Burgorgue-Larsen, “Les sources du droit international pénal. Analyse comparative de la pratique judiciaire des TPI et du texte du Statut portant création de la Cour pénale internationale” in M. Delmas-Marty, E. Fronza e E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, pp. 377-381

²⁷ Estatuto do TPIY, artigos 2 a 5; estatuto do TPIR, artigos 2 a 4. Ver também : Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa, artigos 3 a 5. Por outro lado, o Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano faz referência apenas ao Direito libanês.

mesmo preciosistas²⁸, marcadas pelo que se qualificou de “febre jurisdicional”²⁹: se era legítimo que o Acordo de Londres, que constituía uma inovação revolucionária, se esforçasse em definir crimes que não foram “inventados”, mas enunciados pela primeira vez na esfera internacional³⁰, era menos legítimo que as resoluções 827 (1993) e 955 (1994) introduzissem ainda mais detalhes – parcialmente divergentes, ademais³¹ – às noções destes crimes – às quais a prática subsequente, tanto nacional quanto internacional, já havia conferido um status indiscutivelmente costumeiro – ao defini-las (mesmo que isso seja apenas parcialmente verdadeiro em se tratando dos crimes contra a humanidade). E é certamente ainda mais questionável que os artigos 6º a 8º do Estatuto de Roma, longe de constituir um “retrato fiel”³² do resultado desta evolução, para a qual a jurisprudência dos tribunais ad hoc deu um impulso decisivo, fixam as definições em formulações de compromissos tão trabalhosos que são, ao menos em certos pontos, um retrocesso em relação às conquistas daquela jurisprudência³³ e do próprio direito costumeiro³⁴.

O presente comentário não é o lugar adequado para se comentar os artigos do Estatuto dedicados à definição de crimes para os quais o Tribunal é competente³⁵. Basta constatar que, sob o pretexto de que o princípio da “legalidade” dos delitos e das penas em Direito Internacional Penal tornou necessário um tal exercício, os

²⁸ William Schabas frisa que o artigo 6 (b) do Acordo de Londres de 1945 definia os crimes de guerra em 73 palavras; os artigos 2 e 3 do Estatuto do TPIY fez o mesmo em 239 palavras; e o artigo 8 do Estatuto de Roma, em ... 1594 palavras! (“Follow Up to Rome: Preparing for Entry into Force of the International Criminal Court Statute”, *HRLJ*, v. 20, 1999, p. 163).

²⁹ H. Ascensio, “La Cour pénale internationale e l’héritage des Tribunaux pénaux internationaux” in P. Tavernier (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l’heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 246.

³⁰ O Tribunal de Nuremberg considerou, com justeza, que os crimes sumariamente definidos no artigo 6 de seu Estatuto exurgiam dos “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas” (Processo dos grandes criminosos de guerra perante o Tribunal Militar Internacional, Nuremberg, 14 de novembro de 1945 – 1º de outubro de 1946, Nuremberg, 1947, t. 1, pp. 181-367 – p. 267. Ver também Q. Wright, “The Law of the Nuremberg Trial”, *ibid.*, pp. 54-55 e 58-59 ou A. Pellet, “Le projet de Statut de Cour criminelle internationale permanente”, in *Hector Gros Spiell Amicorum Liber*, Bruxelles, Bruylant, 1997, v. II, pp. 1060-1061).

³¹ Ver “H. Ascensio, Les Tribunaux *ad hoc* pour l’ex-Yougoslavie e pour le Rwanda”, in H. Ascensio, E. Decaux e A. Pellet (dir.), citado na nota 23, pp. 801-804 ; M. Bettati, “Le crime contre l’humanité”, *ibid.*, pp. 103-123 e G. e R.-M. Abi-Saab, “Les crimes de guerre”, *ibid.*, pp. 139-162.

³² G. e R. Abi-Saab, “Les crimes de guerre”, *ibid.*, p. 158

³³ Ver acima os comentários sobre estas disposições. Ver também A. Cassese, “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *EJIL*, v. 10, 1999, nº 1, pp. 152-153 e 170 e, mais precisamente sobre o artigo 33 do Estatuto, P. Gaeta, “The Defense of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court *versus* Customary International Law”, *ibid.*, pp. 172-191.

³⁴ Em seu julgamento *Kupreškić*, de 14 de janeiro de 2000, a Câmara de Primeira Instância do TPIY entendeu que “ainda que o Estatuto de Roma possa indicar a *opinio juris* de numerosos Estados, o artigo 7 1) h) [sobre as perseguições como crime contra a humanidade] não é conforme ao direito internacional costumeiro” (IT-95-16-T, par. 580).

³⁵ Ver notavelmente os comentários aos artigos 5 a 8 *bis* do Estatuto, acima.

negociadores transportaram, de maneira mecânica, ao plano internacional, um princípio de Direito interno. E ao fazê-lo, de uma só vez, eles:

a) Fundaram-se, implicitamente, sobre uma definição de legalidade que corresponde, talvez, à ideia dos penalistas, mas que não é muito adequada às peculiaridades do direito das gentes, ao qual o componente costumeiro é essencial;

b) congelaram definições costumeiras em rápida evolução; e

c) manifestaram uma desconfiança para com os Juízes que se reflete em um grande número de outras disposições do Estatuto³⁶.

A CDI, por sua vez, havia evitado proceder desta forma no anteprojeto do Estatuto que preparara³⁷: ela se limitou a fazer referência às convenções aplicáveis, uma vez que, como explicou aquela Comissão, o Estatuto não teria “por função definir novos crimes, nem tampouco de estabelecer uma codificação de crimes em Direito Internacional geral de caráter definitivo”³⁸. É verdade que nos planos de muitos de seus membros, esta função deveria ser desempenhada pelo Código dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade, cujo projeto seria adotado em uma segunda leitura em 1996³⁹, após mais de cinquenta anos de esforços (interrompidos de 1954 a 1981 pela espera de uma definição de agressão). Porém, mal concebido, mal “vendido” e mal recebido⁴⁰, este último não foi considerado aplicável pelo Tribunal, nem pela Conferência de Roma, nem pela Comissão Preparatória, e, em verdade, nem pela própria CDI⁴¹.

Essa posição é completamente diferente daquela assumida pela Comissão em seus projetos de 1993 e 1994, e um de seus traços mais marcantes é que “quebrou-se o nexo entre um tribunal penal internacional e o projeto de Código de Crimes, esvaziando portanto o argumento de que o projeto de código não poderia ser concluído sem um tribunal, e que um tribunal não poderia ser implementado sem um código”⁴². E, se o artigo 20 do projeto final incluía dentre os crimes para os quais o Tribunal teria competência “a) o crime de genocídio; b) o crime de agressão; c) as violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados; d) os crimes contra a humanidade”, a CDI, confiando nos Juízes para aplicar as normas costu-

³⁶ Vide *infra*, par. 34-38.

³⁷ Vide *supra*, par. 3.

³⁸ CDI, *Rapport sur les travaux de sa 46ème session, Anuário da C.D.I. (em francês)*, 1994, v. II, parte 2, comentário do artigo 20, par. 4 do comentário, p. 40.

³⁹ *Anuário da C.D.I.*, 1996, v. II, parte 2, p. 15.

⁴⁰ Cf. Resolução 51/160 de 16 de dezembro de 1996, pela qual a Assembleia Geral se restringe a chamar “a atenção dos Estados que participam do Comitê Preparatório à Criação de um Tribunal Penal Internacional para o interesse que o projeto de código representa para seus trabalhos.” (par. 2)

⁴¹ Em seu relatório sobre os trabalhos de sua 48ª sessão, a CDI se limita a mencionar a eventualidade da “incorporação do código ao estatuto de uma jurisdição penal internacional”, sem se posicionar a respeito.

⁴² J. Crawford, citado na nota 5, p. 152. [Traduzido do original em inglês].

meiras que então estavam positivadas, não viu utilidade em fechá-los em novas definições⁴³.

A razão mais frequentemente levantada em favor do sistema positivado no Estatuto diz respeito às exigências do princípio *nullum crimen sine lege*. O problema seria “que os elementos dos delitos que derivam do Direito Internacional geral são frequentemente vagos demais”⁴⁴. Resultado de uma verdadeira operação de intoxicação conduzida pelos penalistas, com o apoio não desprovido de interesse político dos Estados Unidos, este argumento é inadmissível.

Como demonstra impecavelmente o professor Condorelli, trata-se, neste ponto, de uma concepção “fundamentalmente incorreta (...), uma vez que se baseia em uma má compreensão do significado exato do princípio em questão”, e que “não quer dizer em absoluto que, na ausência de uma disposição exata do Direito Internacional que defina como crime internacional um comportamento precisamente identificado, a repressão não possa ser legitimamente exercida, seja por um tribunal internacional, seja pelo Juiz nacional”. “Para que o princípio *nullum crimen* seja escrupulosamente observado, não é de modo algum necessário que a norma internacional que prevê e/ou organiza a repressão do crime defina até o último detalhe a *figura criminis* e a pena a se aplicar. Para satisfazer este objetivo, basta constatar-se que o autor do ato em questão estava sujeito, no momento do *tempus delicti*, a normas jurídicas claras e acessíveis – internas e/ou internacionais – que estabeleçam *ante factum* uma tal definição”⁴⁵. Contudo, não se pode duvidar que no ordenamento jurídico interno de todas as “nações civilizadas”, os crimes para os quais o Tribunal é competente são tipificados. “Deste único fato, tem-se o respeito pleno ao princípio *nullum crimen*, estando o autor submetido à repressão quer em seu próprio país ou em qualquer outro, quer no plano internacional.”⁴⁶

Ademais, e isto também se depreende do artigo 11, parágrafo 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Direito Internacional pode ser uma fonte de legalidade⁴⁷ para os efeitos da aplicação do princípio *nullum crimen*, e a consoli-

⁴³ O projeto do artigo 20 conferia ao Tribunal competência também para julgar os “crimes definidos ou visados pelas disposições de tratados enumerados no anexo os quais, tendo em vista o comportamento incriminado, constituem crimes de alcance internacional que são de uma gravidade excepcional.”

⁴⁴ C. L. Blakesley, “Comparing the Ad Hoc Tribunal for Crimes Against Humanitarian Law in the Former Yugoslavia & the Project for an International Criminal Court Prepared by the International Law Commission”, *International Review of Penal Law*, 1º e 2º semestres, 1996, p. 146; ver também, M. C. Bassiouni and C.L. Blakesley, “The Need for an International Criminal Court in the New International World Order”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 25, n. 2, pp. 175-176 ou J. Verhoeven, “Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, v. XXXIII, 2002, p. 22.

⁴⁵ “Présentation de la II^{ème} partie”, in H. Ascensio, E. Decaux and A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 1^a éd. 2000, p. 246.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Ver também o artigo 15, par. 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1996. Em sua importante decisão relativa à apelação da defesa sobre a exceção prejudicial de incompetência de 2 de outubro de 1995, no caso *Tadic*, a Câmara de Apelações do TPIY entendeu que o princípio

dação costumeira da definição dos quatro “grandes crimes” era certamente suficiente para assegurar o respeito a este princípio. O costume é uma fonte de Direito Internacional equivalente ao tratado, e tão susceptível quanto este de constituir o indispensável *lex*. De resto, como destacou a Corte Europeia de Direitos Humanos, “não poderíamos interpretar o princípio da legalidade em matéria penal como algo que proscruva a clarificação gradual das regras da responsabilidade penal pela interpretação judiciária de um caso ao outro, desde que o resultado seja coerente com a substância da infração e razoavelmente previsível”⁴⁸. O TPIY, que soube “cultivar o Direito não escrito”, segundo a venturosa expressão de Lorenzo Gradoni⁴⁹, adotou esta visão, acentuando a exigência de acessibilidade da norma penal aplicada⁵⁰.

Ao ceder às imposições norte-americanas⁵¹, ao não confiar nos Juízes para interpretar e aplicar a lei internacional tal como ela é e tal como ela evoluiu e ao fixá-la em um texto por vezes audacioso, mas frequentemente limitativo e retrógrado, os autores do Estatuto limitaram as chances de transformar o Tribunal em um instrumento eficaz de luta contra os crimes que ele tem por missão reprimir, “os crimes mais graves que afetam o conjunto da comunidade internacional”: a imaginação criminosa dos homens parece, infelizmente, ilimitada e, ao fechar-se as definições das infrações em formulações estreitas e preciosistas, impediu-se de antemão que os Juízes reprimam as próximas invenções malélicas do espírito humano – de tal forma, e esta é sem dúvida a crítica mais grave que se possa fazer ao Estatuto, que qualquer possibilidade realista de emenda foi praticada excluída do Estatuto.⁵²

geral segundo o qual os tribunais devem ser “estabelecidos pela lei” não significa que eles devem ser “estabelecidos por um órgão legislativo”, mas que “devem encontrar suas raízes na regra de Direito” (IT-94-1-AR72, p. 21, par. 42-43).

⁴⁸ CEDH, *C.R. c. Reino Unido*, demanda n. 20190/92, 22 de novembro de 1995, Série A, v. 335, par. 34. Ver também TPIY, *Chambre d’appels, Aleksovski*, nº IT-95-14/1-A, 24 de março de 2000, par. 127, ou *Hadzihasanovic, Alagic e Kubura*, IT-01-47-PT, *décision sur la compétence*, 16 de julho de 2003, pars. 32-36; TPI, *Chambre de première instance II*, 7 de março de 2014, *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, *Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut*, pars. 50-56.

⁴⁹ “L’attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie – ‘Régularités’ e ‘Règles’”, in M. Delmas-Marty, E. Fronza e E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *supra* nota 24, p. 73. Esta contribuição apresenta uma análise dedicada da aplicação de normas costumeiras pelo TPIY (pp. 25-74).

⁵⁰ Ver not. TPIY, *Chambre de première instance II*, 29 de novembro de 2002, *Vasiljevic*, IT-98-32-T, pars. 193 e 201-202; e *Chambre d’appels*, 21 de maio de 2003, *Milutinovic, Sainovic & Ojdanic*, IT-99-37-AR72, *Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise*, par. 21.

⁵¹ Em vão, uma vez que isto não impediu os Estados Unidos de votarem contra o texto, e sua assinatura do Estatuto, em 31 de dezembro de 2000, teve por objetivo apenas restringi-lo ainda mais a uma visão minimalista (cf. declarações do Presidente Clinton citadas pelo jornal *Le Monde* de 2 de janeiro de 2001). Todavia, nos últimos anos, o ritmo de conclusão de acordos bilaterais relativos à entrega de pessoas ao Tribunal Penal Internacional diminuiu consideravelmente (o último foi concluído em 2007 com Montenegro).

⁵² Vide abaixo o comentário dos artigos 121 e 123.

Uma das duas emendas ao Estatuto adotadas em 2010 consiste em modificar o artigo 8º para incluir três alíneas que alargam a definição de crimes de guerra; quatro anos mais tarde, esta emenda foi ratificada ou aceita por dezesseis Estados. Isso mostra o quanto é fútil correr desta maneira atrás das mudanças nas práticas criminais ou da percepção que se tem do que é inaceitável, e que teria decididamente sido infinitamente mais razoável confiar aos Juizes a aplicação do Estatuto em função deste tipo de evolução. As tendências “direito-humanísticas” conduzem à proteção dos autores de crimes em detrimento dos interesses de vítimas e da luta contra a impunidade.

Os Elementos dos Crimes agravam estes inconvenientes.

b) *Os Elementos dos Crimes*

Nos termos do artigo 21 do Estatuto, “o Tribunal aplicará em primeiro lugar”, além do Estatuto, “os Elementos dos Crimes” previstos pelo artigo 9º⁵³.

Introduzida no Estatuto de último minuto, pela insistência dos Estados Unidos⁵⁴, esta disposição constitui uma das concessões lamentáveis feitas àquele país pela maioria dos Estados participantes da Conferência de Roma, “em um esforço para preservar o diálogo com os norte-americanos e de evitar que a oposição daqueles ao Estatuto se transformasse, após a Conferência, em ‘oposição ativa’ ao Tribunal, isto é, em uma verdadeira campanha para denegrir a instituição”⁵⁵.

É provável que a delegação norte-americana nutrisse alguma esperança de que esta proposição impediria a adoção do Estatuto desde a primeira sessão da Conferência. Se tal era o caso, frustraram-se, já que apenas o princípio da existência dos Elementos dos Crimes foi reconhecido em Roma, e a resignação dos *like-minded* à menção de tais elementos no Estatuto foi acompanhada de um certo número de precauções. O compromisso final consistiu “de um lado, em estabelecer no artigo 9º que os Elementos deveriam ter uma simples função de auxílio ao Tribunal na interpretação e aplicação dos artigos sobre a definição dos crimes e deveriam ser sempre conformes ao Estatuto; do outro lado, em remeter a elaboração dos Elementos à Comissão Preparatória sem que se retardasse a adoção do Estatuto”⁵⁶: a Resolução F, anexa ao Ato Final encarrega a Comissão de preparar um projeto de

⁵³ A versão original do artigo 21 do Estatuto em língua francesa se furtava de mencionar os “elementos dos crimes”; eles foram reintroduzidos pelas “correções” de 10 de novembro de 1998 (cf. documento C.N.502.1998. TREATIES-3 and 8 (Notifications dépositaires).

⁵⁴ A noção de Elementos dos Crimes, ainda que introduzida pelos Estados Unidos durante a última sessão do Comitê Preparatório em março de 1998 não aparece no projeto de Estatuto estabelecido por este último. (Rapport du Comité préparatoire pour la création d’une cour criminelle internationale, A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998).

⁵⁵ Mauro Politi, “Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale: Le point de vue d’un négociateur”, *RGDIP*, v. 103, 1999, n. 4, p. 845.

⁵⁶ *Ibid.*

“defini
o que f
Seç
que pe
uma in
Na
das def
troçã
aborda
é obses
to era t
funcion
que seu
necessi
observa
bem à a
car; ele
natural
Crimes

⁵⁷ A/CO
⁵⁸ Cf. R
PCNI
o com
⁵⁹ U.S. I
Comis
“Com
Intern
lagsg
⁶⁰ W. Sc
⁶¹ Ver st
⁶² W. Sc
⁶³ Ver S
Form
tent o
nation
G. Bo
ICTY
nals t
for C
tions
Crim
Tribu
711 p
velop
6, n.
in Ca
Princ
⁶⁴ L. Bu

“definição dos elementos constitutivos dos crimes” antes de 30 de junho de 2000⁵⁷, o que foi feito⁵⁸.

Segundo os seus defensores, os Elementos dos Crimes seriam de uma natureza que permitiria “dar força ao conceito de *nullum crimen sine lege*”⁵⁹. “Isso reflete uma interpretação muito extrema e distorcida do conteúdo da regra”⁶⁰.

Naturalmente que as razões que conduzem a criticar o detalhamento excessivo das definições estatutárias dos crimes⁶¹ vão ainda mais fortemente de encontro à introdução do conceito de elementos de crimes em Direito Internacional Penal. “Esta abordagem parece derivada da legislação criminal federal dos Estados Unidos, que é obsessivamente codificada e contém definições detalhadas dos delitos. O conceito era bastante estranho para a maioria das delegações, cujos sistemas legais têm funcionado bem o suficiente sem ‘elementos’ tão detalhados. Estes países confiam que seus Juízes compreenderão termos como ‘assassinato’ ou ‘roubo’ sem grande necessidade de elaboração ou de instrução legislativa”⁶². Pode-se fazer a mesma observação a respeito dos tribunais *ad hoc*: seus Juízes se acomodaram bastante bem à ausência de definição de elementos dos crimes no Direito que deveriam aplicar; eles os identificaram conforme suas necessidades e no exercício de sua função natural de aplicação dos respectivos Estatutos⁶³, ao passo que os Elementos dos Crimes “se apresentam como o adversário da flexibilidade”⁶⁴.

⁵⁷ A/CONF.183/10, Resolução F, pars. 5 (b) e 6.

⁵⁸ Cf. Rapport de la Commission préparatoire pour la Cour pénale internationale, *Addendum*, PCNICC/2000/INF3/Add.2, 6 de julho de 2000. Para uma apresentação a fundo deste projeto, ver o comentário do artigo 9º, acima.

⁵⁹ U.S. Reference Paper: Elements of Offenses for the International Criminal Court, submetido à Comissão Preparatória em 27 de março de 1998, citado por Margaret McAuliffe deGuzman, “Commentary of Article 21”, in Otto Triffterer ed., *Commentary on the Rome Statute of The International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2. ed. 2008, p. 705, nota 26. [Citado em inglês no texto original].

⁶⁰ W. Schabas, cit. nota 26, p. 163. [Citado em inglês no texto original].

⁶¹ Ver *supra* par. 14-22.

⁶² W. Schabas, cit. nota 26, p. 163.

⁶³ Ver Sean D. Murphy, “Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *AJIL*, v. 93, 1999, n. 1, pp. 87-88; M.C. Bassiouni, “The Sources and Content of International Criminal Law: a Theoretical Framework” in K. Koufa (dir.), *The New International Criminal Law: 2001 International Law Session*, Athènes, Sakkoulas, 2003, pp. 19-27; G. Boas e W.A. Schabas (dir.), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Leiden, Nijhoff, 2003, XXXIV-309 p.; E. David, “The Contribution of International Tribunals to the Development of International Criminal Law” in M. Lattimer e P. Sands (dir.), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 31-45; I. Bantekas, “Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal Humanitarian Law”, *International Criminal Law Review*, v. 6, n. 1, 2006, pp. 121-136; W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals, The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, CUP, 2006, LIV-711, 711 p.; F. Pocar, “Completion or Continuation Strategy? Appraising Problems and Possible Developments in Building the Legacy of the ICTY”, *Journal of International Criminal Justice*, v. 6, n. 4, 2008, pp. 655-665; C. Staker, “Interpretative Methodologies and the Use of Precedent in Cases before International Criminal Courts” in K.A.A. Khan, C. Buisman e C. Gosnell (dir.), *Principles of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2010, pp. 185-213.

⁶⁴ L. Burgogue, cit. Nota 24, p. 380.

Os projetos sucessivos de elementos de crimes apresentados pelos Estados Unidos⁶⁵ revelam suas prováveis verdadeiras intenções. Tratava-se não apenas de frear a liberdade de interpretação dos Juízes na aplicação dos artigos 6º a 8º do Estatuto, o que é por si questionável, mas também – e sobretudo – de limitar mais o alcance das disposições desses artigos, particularmente em matéria de crimes de guerra⁶⁶, o que é ainda mais questionável.

Assim, mesmo a definição de genocídio, mesmo que firmemente estabelecida pelo artigo II da Convenção de 1948 e considerada unanimemente como integrada ao Direito Internacional geral⁶⁷, se veria modificada em um sentido restritivo pelas proposições norte-americanas⁶⁸. O que é ainda mais significativo: quando da primeira sessão da Comissão Preparatória, os Estados Unidos fizeram proposições significativamente restritivas a respeito de diversos “elementos” do crime de guerra⁶⁹.

O fato é que o conjunto dos Elementos dos Crimes, adotado em 30 de junho de 2000 parece, ao menos em uma primeira leitura, em conformidade com o Estatuto, e não introduzem mudanças significativas a este. Para tomar-se apenas um exemplo, qual seria a necessidade de se especificar, no primeiro elemento do crime de “genocídio por assassinato”: “o autor matou uma ou mais pessoas”⁷⁰?

É possível que em alguns pontos os Elementos dos Crimes tenham introduzido algumas precisões úteis, seguindo a lógica que presidiu sua redação. Mas a verdadeira questão é saber se teria sido realmente necessário entrar numa tal “lógica”.

Novamente, e de maneira ainda mais marcante do que ocorre com as definições estatutárias, essa disposição reforça uma postura de desconfiança para com os Juízes; parece-se duvidar de que estes sejam capazes de considerar por iniciativa própria que o crime contra a humanidade de escravidão sexual pressupõe que “o autor tenha forçado a pessoa ou as pessoas em questão a desempenhar um ou vários atos de natureza sexual” ou que o autor de um ataque contra pessoas civis tenha “dirigido um ataque”. Confunde-se a tautologia e a regulamentação jurídica!

Sem dúvida, os Juízes são apenas convidados a se inspirar nos elementos dos crimes, concebidos para auxiliar o Tribunal, e o processo de emenda daqueles é menos drasticamente irrealista⁷¹ que aquele do Estatuto; a possibilidade de iniciativa

⁶⁵ Ver “Proposal submitted by the United States of America, Annex on Definitional Elements for Part Two – Crimes”, A/CONF.183/C.1/L.10; “Proposal submitted by the United States of America – Draft Elements of Crimes”, PCNICC/1999/DP.4 e Add. 1 to 3; vide também as propostas da Espanha (PCNICC/1999/DP.9 e Add. 1 e 2) e o documento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha reproduzido em PCNICC/1999/WGEC/INF.1 sobre os elementos dos crimes relativos às violações graves das Convenções de Genebra de 1949.

⁶⁶ Segundo W. Schabas : “Na realidade, a principal motivação dos Elementos é de restringir o conteúdo da definição de crimes de guerra e, assim, proteger os Estados e suas forças armadas” (cit. nota 26, p. 163) [citado no original em inglês].

⁶⁷ Ver W. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge U.P., 2000, pp. 3-4 ou 548.

⁶⁸ Ver destacadamente W. Schabas, cit. Nota 26, p. 164, ou M. Politi, cit. Nota 53, p. 846.

⁶⁹ Ver PCNICC/1999/DP.4/Add.2; sobre este episódio, v. W. Schabas, *ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁷¹ Ver comentário ao art. 121.

neste
dos m
cia co
pensar
ex pos

M
dade”
elabor
para p
cretar
caso, e

Qu
de 7 d
e os E
materi
penal :
estes d
21 (1)

7º, 8º,
Al
to aplic
tadas m
das sup
dos Cr
petênci
recorda
mes pa
pertine

72 Artig

73 Ver a

74 Esta

saly

Elen

men

dom

tiona

on th

Asse

75 Nota

8. El

Part

76 TPI,

01/0

neste caso é infinitamente mais liberal e que a adoção das emendas por dois terços dos membros da Assembleia dos Estados Partes é suficiente⁷². Porém, esta exigência consiste, em todo caso, em uma formalidade não negligenciável, e podemos pensar que as modificações que seriam incluídas aos Elementos interviriam sempre *ex post facto*, para suprir lacunas ou obscuridades da regulamentação existente.

Mas isto gera um problema: os Elementos dos Crimes fazem parte da “legalidade”? Sim, se acreditarmos nos motivos oficialmente levantados para apoiar sua elaboração⁷³; mas, neste caso, as emendas intervirão necessariamente tarde demais para poder ser levadas em conta no momento em que o problema se apresenta concretamente. Não, se nos ativermos à redação do artigo 9º do Estatuto; mas neste caso, a que eles servem senão para contribuir à infantilização dos Juízes⁷⁴?

Qualquer que seja o caso, a Câmara de Julgamento do TPI, em seu julgamento de 7 de março de 2014 sobre o caso Germain Katanga, considerou “que o Estatuto e os Elementos dos Crimes regulamentam de maneira exaustiva a competência material do Tribunal, tanto para os crimes quanto para os tipos de responsabilidade penal imputados ao acusado. A Câmara também entendeu não dever aplicar para estes dois pontos as fontes de Direito subsidiárias indicadas nos artigos 21 (1)(b) e 21 (1)(c) do referido Estatuto. A Câmara aplicará em espécie tão-somente os artigos 7º, 8º, 25 e 30 do Estatuto.

Além disso, levando-se em conta a hierarquia existente entre as fontes de Direito aplicável estabelecida pelo artigo 21 (1)(a) do Estatuto e as precisões acrescentadas no artigo 9º, os Elementos dos Crimes poderão ajudar a Câmara na aplicação das supramencionadas disposições do Estatuto⁷⁵. Para esta última, os Elementos dos Crimes são uma explicitação do Estatuto, a tal ponto que, para efeitos de competência material, eles devem ser considerados textos fundantes. De fato, a Câmara recorda que os Elementos dos Crimes definem os elementos constitutivos dos crimes para os quais o Tribunal é competente, em conformidade com as disposições pertinentes do Estatuto, como determina o artigo 9 (3) deste⁷⁶.

⁷² Artigo 9º, par. 2.

⁷³ Ver *supra*, par. 28.

⁷⁴ Esta parece ter sido a posição expressa em termos diplomáticos pela ex-Presidente da CIJ, Rosalyn Higgins, a qual, após a adoção do Estatuto, afirmou que, ao se preparar para elaborar os Elementos dos Crimes, os “Estados irão *in abstracto*, e mantendo seus interesses particulares em mente, dedicar-se a uma atividade ao mesmo tempo incomum para eles e, talvez normalmente, domínio do Juiz.” (“The Relationship between the International Criminal Court and the International Court of Justice”, in He. A.M. Von Hebel, J. G. Lammers e J. Schukking (dir.), *Reflections on the International Criminal Court – Essays in Honour of Adriaan Bos*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 1999, p. 168.) [citado em inglês no artigo original].

⁷⁵ Nota 82: “Os Elementos dos Crimes auxiliam o Tribunal a interpretar e aplicar os artigos 6, 7 e 8. Eles devem ser adotados pela maioria de dois terços dos membros da Assembleia dos Estados Partes.”

⁷⁶ TPI, Chambre de première instance I, 7 de março de 2014, *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, pars. 40-41.

c) *As Regras de Procedimento e Prova*

Em menor escala, as Regras de Procedimento e Prova (doravante RPP) manifestam a mesma desconfiança para com o Tribunal, tanto por suas modalidades de elaboração e adoção quanto por suas relações complexas com o Estatuto⁷⁷.

Uma primeira observação salta aos olhos: o Estatuto faz referências abundantes às Regras. Uma nota do Secretariado da Comissão Preparatória, de 26 de janeiro de 1999, lista nada menos que 31 artigos cujo texto remete de maneira expressa – e frequentemente mais de uma vez – às RPP⁷⁸, aos quais se somam diversas referências previstas pelos Grupos de Trabalho da Conferência de Roma, recomendadas pelo Coordenador no tocante ao Capítulo IV, ou sugeridas por algumas delegações⁷⁹.

Esse sistema apresenta algumas vantagens por si só: menos rigidamente imutável que o Estatuto, as Regras poderiam ser mais adaptadas às eventuais necessidades que aquele⁸⁰.

Todavia, sob um olhar mais minucioso, a realidade é menos satisfatória e, em todo caso, mais complexa, uma vez que o Estatuto se debruça notavelmente sobre disposições cuja natureza é tradicionalmente regulamentar, ao menos se comparadas com os precedentes de Nuremberg ou dos dois Tribunais *ad hoc*. Novamente, as estatísticas são ilustrativas: o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de 1945 continha 30 artigos (em geral sucintos); os Estatutos do TPIY e do TPIR compreendem, respectivamente, 34 e 32; o Estatuto do TPI tem 128. A diferença consiste essencialmente (mas não exclusivamente) em uma grande acumulação de disposições de natureza processual⁸¹ neste último documento. Em outras palavras, o “Estatuto” do TPI é substancialmente de natureza híbrida: estatuto, certamente, mas também em larga medida regulamento processual. E se, como se disse “a ‘zona cinzenta’ entre o Estatuto e as Regras, entre o ‘básico’ e o ‘subsidiário’ recebeu atenção constante enquanto os delegados negociavam a atribuição de matérias a cada categoria”⁸², o “básico” (ou o que se considerou como básico) tomou uma dimensão progressivamente desmesurada em comparação com o “subsidiário”⁸³.

⁷⁷ No presente comentário, as RPP são analisadas exclusivamente como fonte do Direito aplicável, e não se leva em conta seu conteúdo.

⁷⁸ Trata-se dos artigos 15, 21, 31, 39, 41, 46, 47, 50 a 52, 57, 64, 68 a 72, 76 a 78, 81, 82, 84, 85, 87, 92, 93, 103 110 e 112.

⁷⁹ “References to Rules of Procedure and Evidence Found in the Rome Statute of the International Criminal Court and in Relevant Documents of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries for the Establishment of an International Criminal Court”, PCNICC/1999/L.2, 26 janeiro 1999.

⁸⁰ Ver, contudo, *infra*, par. 46.

⁸¹ Comparar com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (70 artigos).

⁸² B. Broomhall, “Commentary of Article 51”, in O. Triffterer (dir.), nota 57, p. 681. [citado em inglês no original].

⁸³ Em muitos casos, o problema diz menos respeito às diferentes matérias abordadas pelo Estatuto que ao caráter abusivamente detalhado do tratamento concedido a estas. Apesar disso, ainda podemos nos interrogar, por exemplo, se o artigo 74, que enumera os “Requisitos para a Decisão” (de maneira bastante evidente, aliás), tem lugar no Estatuto.

Ad
cessuai
gras de
emenda
desta fã
permiti
revelar
os outro
condici
ficação

Essa
RPP for
do Esta
adquirid
queles T
de adapt
conta a e
a sentirá

Nada
pelo Esta
escapam
jurídicas
bitual⁸⁷.
o que po
interno nã
um Parla
portanto,
sentido, c
um eleva

Na co
rem à AS
maioria c

⁸⁴ Ver ab

⁸⁵ Ver *ibi*

⁸⁶ H. Asc

Hempt

let (dir

⁸⁷ Sem q

CIJ) o

Direito

anterio

Estatu

Advém daí uma grande rigidez das disposições estatutárias de natureza processual, as quais poderiam, talvez, ser mais adequadamente inseridas dentre as Regras de Procedimento e Prova. É claro que algumas dessas disposições podem ser emendadas de acordo com os procedimentos facilitados do artigo 122, mas, além desta facilidade ser extremamente relativa⁸⁴, esta “pequena revisão” está longe de permitir a adaptação rápida do conjunto de normas processuais se tal adaptação se revelar necessária na prática, e toca um número muito limitado de artigos. Todos os outros artigos têm sua modificação adstrita às regras dos artigos 121 e 123, que condicionam a entrada em vigor de emendas ao patamar incrivelmente alto de ratificação por sete oitavos dos Estados Partes⁸⁵.

Esse cenário suscita alguma preocupação à luz da experiência do TPIY, cujas RPP foram modificadas 49 vezes entre 1994 e 2014. Se é verdade que os redatores do Estatuto de Roma (e das RPP do TPI) puderam se beneficiar da experiência adquirida pelos Tribunais *ad hoc* – e graças a eles –, também o é que a prática daqueles Tribunais indica o quanto seus Juízes sentiram uma “necessidade constante de adaptação”⁸⁶. O TPI deve experimentar a mesma necessidade, e, levando-se em conta a extensão espacial, temporal e material de sua competência, provavelmente a sentirá em maior escala.

Nada obstante, as possibilidades de emenda são consideravelmente limitadas pelo Estatuto (vale dizer, em verdade, fixadas *ne varietur*), e mesmo as próprias RPP escapam à competência dos Juízes; tal opção condiz, é verdade, com as tradições jurídicas internas da maior parte dos países, mas destoa da prática internacional habitual⁸⁷. Tem-se aí outra “vitória” da visão penalista sobre a visão internacionalista, o que pode ser infelizmente, já que aquilo que é legítimo no ordenamento jurídico interno não se transpõe necessariamente ao plano internacional; neste último não há um Parlamento investido do poder centralizado de fazer a lei (e de modificá-la, e portanto, de adaptá-la às necessidades) e a noção de “democracia” não tem nenhum sentido, de modo que a independência do Judiciário somente pode ser garantida se um elevado grau de autonomia e de auto-organização é assegurado aos Juízes.

Na contramão dessa ideia, os parágrafos 1 e 2 do artigo 51 do Estatuto conferem à Assembleia dos Estados Partes o poder de elaborar e modificar as RPP pela maioria de dois terços de seus membros. Aos Juízes reconhece-se apenas o poder

⁸⁴ Ver abaixo o comentário do artigo 122.

⁸⁵ Ver *ibidem*.

⁸⁶ H. Ascensio, cit. nota 11, p. 797; v. também as interessantes considerações levantadas por J. de Hemptinne, “Le rôle judiciaire du juge pénal international”, in H. Ascensio, E. Decaux e A. Pellet (dir.), cit. nota 29, pp. 927-933, em especial pp. 929-930.

⁸⁷ Sem que seja necessário mencionar as jurisdições interestatais (cf. art. 30, par. 1 do Estatuto da CIJ) ou competentes em matéria de direitos humanos (cf. art. 26 (d) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme redação dada pelo seu Protocolo 11), todos os Tribunais Penais anteriores tiveram reconhecida sua capacidade de estabelecer suas próprias RPP (cf. artigo 13 do Estatuto do Tribunal de Nuremberg ou o artigo 15 do Estatuto do TPIY).

de aprovar e emendar o Regimento do Tribunal⁸⁸, por maioria absoluta e havendo consultado o Promotor e o Secretário, para reger o funcionamento cotidiano do Tribunal. E este “permanece em vigor” apenas “se a maioria dos Estados Partes não faz objeção a ele”. No entanto, o artigo 52, que disciplina a questão, não indica o que acontece caso algum Estado faça uma objeção.

No que diz respeito às RPP, os Juízes dispõem apenas do poder de propor emendas (por maioria absoluta) e de adotar certas Regras a título provisório, “em casos urgentes, nos quais a situação particular que se apresenta ao Tribunal não estiver prevista” e por maioria de dois terços. Essa configuração tem o mérito indiscutível de permitir lidar com situações imprevistas, mas resulta em outro problema: o que ocorre se, em sua sessão subsequente, a Assembleia dos Estados Partes rejeitar uma regra provisória adotada sob tais circunstâncias? O procedimento a ser seguido neste caso corre o risco de se viciar e de se criar um impasse sem solução.

Concretamente, a Conferência de Roma encarregou a Comissão Preparatória de elaborar um projeto de Regras de Procedimento e Prova até 30 de junho de 2000⁸⁹. E assim foi feito: naquela data a Comissão adotou um longo documento pelo qual concluía a tarefa da qual fora incumbida⁹⁰.

Desde fevereiro de 1999, a Austrália e a França haviam preparado projetos que constituíram em grande medida as bases para a discussão nas sessões seguintes da Comissão⁹¹. A comparação dos dois é interessante para se constatar o quanto eles eram essencialmente diferentes, ambos estavam impregnados das tradições penalistas do *common law*, por um lado, e das tradições romano-germânicas, por outro⁹². É extraordinário que o projeto final tenha conseguido uma mescla das duas abordagens cujo aspecto geral é satisfatório e harmonioso, e que parece viável, ainda que apresente certos problemas⁹³.

⁸⁸ Nos termos da Regra 4, par. 5 do RPP, “O Regimento do Tribunal será adotado logo que possível em sessão plenária”. Ele o foi em 26 de maio de 2004 e sofreu três séries de emendas desde então. (ver *infra*, par. 50).

⁸⁹ Résolution F de l’Acte final de la Conférence de Rome - A/CONF.183/2/Add.1, 17 de julho de 1998, par. 5 (a) e 6.

⁹⁰ Rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Additif, Texte final du projet de Règlement de procédure et de preuve, PCNICC/2000/1/Add.1, 12 de julho de 2000. Apenas uma destas regras é apresentada como não definitiva pela Comissão, a regra 41, que diz respeito às línguas de trabalho do Tribunal.

⁹¹ Para a proposição australiana, ver os documentos PCNICC/1999/DP.1 e DP.3; para as proposições francesas, algumas das quais são “Comments on the Proposal of Australia”, PCNICC/1999/DP.2, DP.3; DP.7 e Add.1 (e Rev. 1) e 2, DP.8 e Add.1 (e Rev. 1) e 2 (e Rev.1), e DP.10 e Add.1. Uma lista completa dos documentos relativos ao RPP foi anexada ao Rapport de la Commission préparatoire (PCNICC/2000/INF/3, Anexo, 6 de julho de 2000).

⁹² Ver em especial M. Politi, cit. nota 53, p. 845, ou W. Schabas, cit. nota 26, p. 162.

⁹³ Ver sobretudo M. Politi e F. Gioia, “The Criminal Procedure Before the International Criminal Court : Main Features”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 5, 2006, p. 112, e as observações severas de M. Caianiello, “Law of Evidence at the International Criminal Court : Blending Accusatorial and Inquisitorial Models”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, v. 36, 2011, pp. 287-318.

Em verdade, a própria extensão deste projeto já exemplifica a intenção dos Estados de limitar a liberdade de ação dos Juízes. Por si só, as 225 Regras (que perfazem 100 páginas) não são em absoluto excessivas (ainda que as RPP do TPIY comportem aproximadamente a metade deste número de regras⁹⁴) se levarmos em conta a dimensão e a novidade da tarefa que se apresentava. Mas não é exatamente porque se tratava de uma empreitada muito nova, cujas dificuldades e especificidades eram difíceis de prever que talvez pudesse ter sido mais acertado deixar aos Juízes certo poder discricionário na aplicação do Estatuto, sobretudo dada a dificuldade de se proceder à revisão deste?

Apesar da complexidade dos procedimentos de emenda⁹⁵, as RPP sofreram até o presente, três emendas⁹⁶. O mesmo vale para o regulamento do Tribunal, que diz respeito ao funcionamento quotidiano da instituição e que foi modificado em três ocasiões, sendo que as emendas de 2007 e 2011⁹⁷ afetam um grande número de disposições de importância variável.

d) *A jurisprudência do Tribunal*

O artigo 21 do Estatuto é consideravelmente ambíguo no que diz respeito ao papel que a jurisprudência poderia desempenhar nas decisões futuras do Tribunal. Há duas referências à jurisprudência:

Seu parágrafo 1º (c) insta o Tribunal a aplicar “os princípios gerais de Direito retirados pelo Tribunal das leis nacionais que representam os diferentes sistemas jurídicos do mundo.” Esta menção não confere à jurisprudência o caráter de fonte de Direito; ela apenas evidencia o papel eminente das jurisdições internacionais na formulação dos princípios gerais de Direito⁹⁸.

⁹⁴ Porém o Código de Processo Penal francês comporta 934 artigos.

⁹⁵ Os parágrafos 1 e 2 do art. 51 do Estatuto dão à Assembleia dos Estados Partes o poder de elaborar e de modificar as RPP com a maioria dos dois terços de seus membros. Os juízes têm apenas o poder, por um lado, de propor as emendas (com maioria absoluta), e, por outro, de estabelecer normas provisórias “em casos urgentes em que a situação concreta suscitada em Tribunal não se encontre prevista nas Regras de Procedimento e Prova”, por maioria de dois terços (Artigo 51(3) do Estatuto).

⁹⁶ Em 2011 (modificação das regras 4 e 4 *bis* respectivamente sobre as sessões plenárias e a presidência – v. Resolução ICC-ASP/10/Res.1, 20 de dezembro de 2011), em 2012 (modificação da regra 132 *bis* sobre a designação de um juiz para a preparação de um processo – v. Resolução ICC-ASP/11/Res.2, 21 de novembro de 2012) e em 2013 (modificação das regras 68 sobre os testemunhos previamente gravados, 100 sobre o lugar onde se desenvolve o processo e 134 sobre a presença dos acusados nas audiências – v. Resolução ICC-ASP/12/Res.7, 27 de novembro de 2013).

⁹⁷ As de 2005 se referem apenas ao texto francês.

⁹⁸ Em verdade, seria preferível, neste caso, falar em francês de “*principes généraux de droit*”, como faz o art. 38, par. 1, c) do Estatuto da CIJ [o texto oficial do Estatuto de Roma em francês menciona “*principes généraux du droit*” – N. do T.]. Este problema não ocorre na versão em inglês do Estatuto.

O parágrafo 2 é mais problemático. Ele autoriza o Tribunal⁹⁹ a aplicar “os princípios e regras de Direito assim como ele as tenha interpretado em suas decisões anteriores” o que, na verdade, parece ser autoevidente.

Deve-se, sem dúvida, enxergar nesta disposição o reflexo de uma conciliação entre os partidários da regra do *stare decisis*, em conformidade à visão do *common law*, de um lado, e aqueles que se filiam a uma concepção civilista, para os quais os precedentes não têm força obrigatória, do outro. Mas essa conciliação tende claramente a favorecer os últimos, uma vez que o Tribunal pode reproduzir as soluções adotadas por suas decisões anteriores, mas não está adstrita a estas.

A mera presença dessa autorização expressa, contudo, levou uma representante da doutrina do *common law* a escrever que, em contraste ao artigo 59 do Estatuto da CIJ¹⁰⁰, “a inclusão do artigo 21, parágrafo 2 no Estatuto do TPI aponta uma evolução na atitude da comunidade mundial neste campo. (...) Ao sugerir que os Juízes podem levar em consideração suas decisões anteriores, o artigo 21, parágrafo 2 contribui para o desenvolvimento de um sistema consistente e previsível de Direito Internacional Penal, e, ao fazê-lo, contribui para o princípio da legalidade”¹⁰¹.

Esta é uma análise vulnerável a críticas: ela compreende mal o caráter discricionário do recurso aos precedentes (“o Tribunal pode aplicar...”) e faz uma interpretação inexata do artigo 59 do Estatuto da CIJ¹⁰². Na realidade, esta disposição, assim como o artigo 20 do Estatuto de Roma, se prende ao princípio da *res judicata*, e é ao parágrafo 1º (d) do artigo 38 do Estatuto da Corte Mundial que o artigo 21, parágrafo 2 do Estatuto do TPI pode ser comparado. E, ainda que em termos distintos, sua formulação não representa avanço algum: a jurisprudência aparece ali da mesma forma, como um “meio auxiliar de determinação das regras de Direito”. Ademais, a existência do artigo 59 em seu Estatuto nunca impediu a CIJ de se basear em sua jurisprudência para fundamentar suas sentenças¹⁰³.

⁹⁹ “O Tribunal pode aplicar...” [“La Cour peut appliquer”/“The Court may apply”]

¹⁰⁰ “A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão.”

¹⁰¹ M. McAuliffe deGuzman, cit. nota 57, p. 711.

¹⁰² Ver também J. Verhoeven, Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law”, Netherlands Yearbook of International Law, v. XXXIII, 2002, p. 13 e C. Brown, “Article 59”, in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat, K. Oellers-Frahm and C. Tams (ed.), The Statute of the International Court of Justice : a Commentary, 2. ed., OUP, Oxford, 2012, pp. 1416-1446.

¹⁰³ Ver M. Shahabuddeen, “Precedent in the World Court”, Cambridge U.P., 1996, XX-245 p. Ver igualmente H. Lauterpacht, “The Development of International Law by the International Court, Revised version of The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice (1958)”, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1982, 408 p., e sobretudo pp. 8-22 ; V. Röben, “Le précédent dans la jurisprudence de la Cour internationale”, German Yearbook of International Law, v. 32, 1989, pp. 382-407 ; I. Scobbie, “Res Judicata, Precedent and the International Court: A Preliminary Sketch”, Australian Yearbook of International Law, v. 20, 1999, pp. 299-317 ; M. Balcerzak, “The Doctrine of Precedent in the International Court of Justice and the European Court of Human Rights”, Polish Yearbook of International Law, v. XXVII, 2004-2005, pp. 131-144 ; S. Rosenne, “The Law and Practice of the International Court 1920-2005”, v. III: Procedure, Fourth Edition, Leiden, Nijhoff, 2006, 682 p., e sobretudo, pp. 1552-1558 e D. Vidas, “Consolidation or Deviation ? On Trends and Challenges in the Settlement of Maritime

Er
rítima
artigo
no cas
pela C
cie, há
em seu
Roma

Aç
dessa 1
14 de
uma fç
que a 1
fundan
sed leg
nais in

Foi
do Con
julho d
da Câ
Congo,
do a re
“diferia
que é c
regras
que em
pelo qu
uma sit
va a ta
estabel
Singula
longo c

Delit
natic
Haia
¹⁰⁴ Rec.
para
¹⁰⁵ Ver,
sões
153.
Ram
¹⁰⁶ Ver
Has
¹⁰⁷ TPI

Em sua sentença de 11 de junho de 1998, no caso da Fronteira Terrestre e Marítima entre Camarões e Nigéria, a CIJ sustentou que: “é verdade que, conforme o artigo 59, as sentenças da Corte são obrigatórias apenas para as partes litigantes e no caso em análise. Não se poderia se cogitar opor à Nigéria as decisões tomadas pela Corte em casos anteriores. A questão é, na verdade, saber se, na presente espécie, há alguma razão para que a Corte descarte os motivos e conclusões adotados em seus precedentes”¹⁰⁴. É a questão que o artigo 21, parágrafo 2 do Estatuto de Roma convida o TPI a dirigir a si mesmo.

Apesar da ausência de qualquer previsão expressa em seu Estatuto, foi também dessa maneira que procedeu o TPIY¹⁰⁵, que, no julgamento do caso Kupreškić de 14 de janeiro de 2000, entendeu que “evidentemente, o precedente judicial não é uma fonte independente do Direito Internacional Penal. (...) Assim, pode-se dizer que a máxima do código justiniano segundo a qual as jurisdições devem decidir fundando-se na força do Direito e não sobre aquela dos precedentes (*non exemplis, sed legisbus iudicandum est*) se aplica ao Tribunal como às outras jurisdições penais internacionais”¹⁰⁶.

Foi neste espírito que, em sua decisão de 4 de setembro de 2008 sobre a petição do Conselho Público para a Defesa para interpor apelação contra a decisão de 3 de julho de 2008 relativa ao pedido de participação de algumas vítimas, a Juíza única da Câmara Preliminar I, no caso relativo à Situação na República Democrática do Congo, entendeu improcedente o argumento de que a posição que ela havia assumido a respeito do ônus da prova para decidir o *status* processual de diversas vítimas “diferia significativamente da prática anterior da Câmara. A Juíza Singular observa que é obrigada, nos termos do artigo 21(2) do Estatuto, a aplicar os princípios e regras de Direito como interpretados em decisões anteriores, mas recorda, contudo, que embora a decisão de 3 de julho de 2008 explique em profundidade o método pelo qual a Câmara avalia pedidos para se tornar parte no estágio de inquérito de uma situação, a Juíza Singular ainda aplicava o critério anterior sobre ônus da prova a tais decisões, a saber, que ‘os petionantes demonstrassem que os requisitos estabelecidos pela Regra 85 das Regras fossem preenchidos *prima facie*.’ A Juíza Singular ressalta que este entendimento a respeito do ônus da prova é aparente ao longo de toda a decisão de 3 julho de 2008”¹⁰⁷.

Delimitation Disputes by International Courts and Tribunals” in N. Boschiero e al. (dir.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, Haia/Berlim, Asser Press/Springer, 2012, pp. 325-334, particularmente, pp. 330-331.

¹⁰⁴ *Rec. 1998*, p. 292, par. 28; a Corte respondeu afirmativamente a esta questão (*ibid.* pp. 294-296, para. 29-35).

¹⁰⁵ Ver, por exemplo, a sentença da Câmara de Apelações no caso *Furundzija*, que contém sete alusões à jurisprudência anterior do Tribunal (IT-95-17/1, 21 de julho de 2000, pars. 100, 119, 123, 153, 173, 178 e 179) ou Câmara de Julgamento I, decisão de 3 de abril de 2008, *Prosecutor v. Ramush Haradinaj et. al.* IT-04-84-T, destacadamente pars. 13, 19-20, 29 e 32-60.

¹⁰⁶ Ver *supra* nota 30, par. 540. Ver ainda TSSL, Câmara de Julgamento, 25 de fevereiro de 2009, *Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao*, decisão, 04-15-T, par. 295.

¹⁰⁷ TPI, Câmara Preliminar I,I, 4 de setembro de 2008, *Situation en République Démocratique du*

Fica claro, sobretudo, que a jurisprudência de outras jurisdições internacionais – inclusive a dos tribunais *ad hoc* – não vincula o TPI, ainda que este possa levá-la em consideração. Esse ponto foi bem explicado pela Câmara Preliminar II em uma decisão de 28 de outubro de 2005 sobre a Situação em Uganda:

“A respeito da pertinência da jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, a questão deve ser estudada à luz das disposições do Direito aplicável pelo Tribunal. O primeiro parágrafo do artigo 21 do Estatuto impõe ao Tribunal aplicar ‘em primeiro lugar’ o Estatuto, os Elementos dos Crimes e as Regras de Procedimento e Prova, e apenas em ‘segundo lugar’ e ‘de acordo com a conveniência’, ‘os tratados aplicáveis e os princípios e regras do Direito Internacional, inclusive os princípios estabelecidos do Direito Internacional dos conflitos armados.’ Consequentemente, as regras e práticas de outras jurisdições nacionais ou internacionais não representam em si um ‘Direito aplicável’ pelo Tribunal fora do campo de aplicação do art. 21 do Estatuto. Mais especificamente, o Direito e a prática dos tribunais *ad hoc* que o Promotor invocar não são suficientes por si só para embasar a introdução de recursos outros que aqueles previstos no Estatuto no quadro procedimental do Tribunal”¹⁰⁸.

E a Câmara de Julgamento I aplicou este princípio de maneira convincente no que toca às práticas empregadas para preparar e familiarizar as testemunhas antes que elas deponham no processo, em sua decisão de 30 de novembro de 2007 no caso *Thomas Lubanga Dylo*. Após tomar “nota do fato que a jurisprudência recente dos tribunais penais internacionais para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda mostra que a confirmação dos depoimentos pelas testemunhas, nos termos recomendados pela acusação naquele caso, era uma prática comumente utilizada nos tribunais *ad hoc*”, a Câmara observou que:

“Todavia, este precedente não vincula em absoluto a Câmara de Primeira Instância do presente Tribunal. O artigo 21 do Estatuto impõe à Câmara aplicar, em primeiro lugar, o Estatuto, os Elementos dos Crimes e as Regras de Procedimento e Prova do TPI. Em seguida, se os textos do TPI não solucionarem a questão em análise de modo conclusivo, a Câmara de Julgamento deve aplicar, de acordo com a conveniência, os princípios e regras do Direito Internacional. Na situação em tela, a questão que se põe à Câmara é de natureza processual. Ainda que isso não obste *ipso facto* ao exame de todas as questões processuais à luz do artigo 21 (1)(b), a Câmara entende que as regras processuais dos Tribunais *ad hoc* e a jurisprudência destes não são automaticamente aplicáveis ao TPI sem que sejam analisados detalhadamente.

Congo, ICC-01/04-535, Decision on the OPCD’s request for leave to appeal the 3 July 2008 Decision on applications for participation, par. 20. V. também Câmara Preliminar II, 10 de agosto de 2007, *Prosecutor v. Joseph Kony*, ICC-02/04, Décision relative aux demandes de participation des victimes, par. 5.

¹⁰⁸ TPI, Câmara Preliminar II, 28 de outubro de 2005, *Situation en Ouganda*, ICC-02/04-01/05, Décision relative à la position du Procureur sur la Décision de la Chambre préliminaire II d’expurger les descriptions factuelles des crimes dans les mandats d’arrêt, demande de réexamen et demande d’éclaircissements, par. 19.

Pelos avanços consideráveis que representa o Estatuto do TPI, este cria um sistema processual claramente distinto daquele dos Tribunais *ad hoc*, ao impor, por exemplo, à acusação, de investigar tanto a inculpação quanto a absolvição, obrigação que não se verifica nos estatutos dos Tribunais *ad hoc*. O Estatuto parece também admitir que os Juízes intervenham mais nos debates. Ele institui ainda um elemento único em seu gênero: a participação de vítimas. Em consequência disso, o Estatuto se desvencilha do regime processual dos Tribunais *ad hoc* ao introduzir elementos suplementares e novos, que tendem a favorecer a manifestação da verdade. Por estas razões o procedimento de preparação das testemunhas antes do processo não é facilmente transponível para o sistema jurídico criado pelo Estatuto e pelas Regras de Procedimento e Prova do TPI. Assim, mesmo reconhecendo a importância de se levar em conta a prática e a jurisprudência dos Tribunais *ad hoc*, a Câmara não se convenceu que seja oportuno aplicar as normas processuais daqueles tribunais em matéria de preparação das testemunhas para o processo.¹⁰⁹

B. As fontes gerais do Direito aplicável

Por mais cuidadosa que possa ter sido a redação do Estatuto – e ela não o foi em absoluto! – e dos outros textos elaborados para que fossem aplicados pelo Tribunal, tais instrumentos, que equivalem a códigos penais e de Processo Penal, não poderiam pretender solucionar todos os problemas que se apresentassem eventualmente. Além disso, mesmo nos países onde existem códigos deste tipo, estes se inserem em um tecido normativo denso, do qual as normas editadas naqueles diplomas não podem se desligar completamente. Graças a elas, os Juízes internos conseguem enfrentar todo tipo de eventualidade e evitar o *non liquet*, particularmente inapropriado em matéria penal.

Para atingir o mesmo resultado, o artigo 21 do Estatuto de Roma convida o TPI a aplicar, se for o caso, “os tratados aplicáveis”; e “os princípios e normas do Direito Internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no Direito Internacional dos conflitos armados”; e, na falta destes, os “princípios gerais do Direito que o Tribunal retire do Direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o Direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime.”

a) Os tratados aplicáveis

Não desprovida de precaução (“em segundo lugar” e “se for o caso”), a alínea (b) do artigo 21, parágrafo 1º do Estatuto convida o Tribunal a recorrer aos tratados

¹⁰⁹ TPI, Câmara de Julgamento I, 30 de novembro de 2007, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative aux pratique employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès, par. 44. Vide também C. Callejon, “Article 21”, in J. Fernandez e X. Pacreau (dir.), *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article.*, Paris, Pédone, 2012, p. 771.

aplicáveis (outros, portanto, além do próprio Estatuto, indicado pela alínea (a) do mesmo dispositivo), sem oferecer nenhuma especificação sobre os instrumentos dos quais trata.

Uma referência deste tipo se justificava por razões evidentes no projeto elaborado pela CDI, o qual conferia ao Tribunal competência para julgar não apenas as pessoas acusadas de um dos quatro “grandes crimes” enumerados no artigo 5º do Estatuto de Roma, mas também aqueles acusados de certos “crimes definidos ou visados pelas disposições de tratados enumerados no anexo”¹¹⁰, sob reserva de aceitação dos Estados Partes¹¹¹. E não surpreende que o comentário do projeto de artigo 33, sobre o “Direito aplicável” precisava que “nos casos em que a competência é fundada sobre tratados em virtude da alínea (a) do artigo 20, (...) as disposições convencionais particulares constituirão, resguardado o disposto no Estatuto, a base jurídica sobre a qual repousará a acusação”¹¹².

Por outro lado, a menção aos tratados aplicáveis pode parecer mais obscura no texto do Estatuto, haja visto que a competência do TPI é limitada aos crimes que são definidos por esse.

Esta menção aos tratados dentre as fontes de Direito aplicável pelo Tribunal – um sujeito pouco abordado durante os trabalhos preparatórios – não foi de difícil introdução e figurava, já com sua redação atual e sem acréscimos, no projeto anexo ao Relatório Final do Comitê Preparatório do Estatuto de Roma, em 1998¹¹³; ela não parece ter sido questionada por nenhuma delegação ao longo da Conferência.

Apesar disso, não é certo que ela seja indispensável, ou sequer útil.

De acordo com uma comentadora, “tratados podem ser relevantes para dois propósitos. Primeiramente, um tratado particular deve ter influência direta sobre um caso. Por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é relevante para determinar os direitos humanos internacionais do acusado. Em segundo lugar, tratados amplamente ratificados podem ser vistos como evidência de “regras e princípios de Direito Internacional”. Nesse sentido, por exemplo, a Convenção contra o Genocídio, junto com seus trabalhos preparatórios, e as convenções de Genebra e da Haia podem ser relevantes para a determinação de certas questões perante o Tribunal”¹¹⁴. Esta opinião não é convincente.

Em nenhuma das duas hipóteses mencionadas os tratados são aplicáveis como tratados. E se é correto que o Pacto de 1966 ou as Convenções de 1907 ou 1949 podem ser pertinentes para a identificação dos princípios aplicáveis pelo Tribunal, estes serão aplicados como princípios e regras gerais de Direito Internacional¹¹⁵, não como normas convencionais. O TPIY procedeu desta forma por várias vezes,

¹¹⁰ Projeto de artigo 20 (e) ; vide *Anuário da C.D.I. (em francês)*. 1994, v. II, Parte 2, p. 40.

¹¹¹ Projeto de artigo 21; *ibid.*, p. 44.

¹¹² *Ibid.*, p. 54, par. 2.

¹¹³ Artigo 20, par. 1 (b) ; A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998, p. 47.

¹¹⁴ M. McAuliffe deGuzman, cit. Nota 57, p. 440 [citado em inglês no artigo original].

¹¹⁵ Ver (b), *infra*.

por exemplo, ao entender que a definição da Convenção de 1984 reflete a noção costumeira de tortura¹¹⁶, ou ao se fundar na redação da Convenção de 1948 para eliminar a necessidade de organização estatal como elemento constitutivo do crime de genocídio¹¹⁷.

Parece bem difícil, porém, imaginar uma situação na qual o Tribunal devesse aplicar um tratado que não o seu próprio Estatuto, a menos na hipótese em que dois ou mais Estados se entendam para conferir ao Tribunal uma competência especial ou para lhe impor a aplicação de princípios particulares¹¹⁸. Também é mais que duvidoso que o Tribunal, cuja competência é de atribuição¹¹⁹, deva ou mesmo possa aplicar tais acordos¹²⁰.

Existe, porém, uma exceção a este princípio geral¹²¹, que é consequência da redação – infeliz – do artigo 8º, parágrafo 2 (a) do Estatuto, que define notavelmente os crimes de guerra como “infrações graves às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949”. Esta disposição retoma, de resto, os mesmos termos do artigo 2 do Estatuto do TPIY¹²², que levaram aquele tribunal a aplicar diretamente os referidos tratados, por exemplo que para determinar a natureza da propriedade protegida nos

¹¹⁶ Ver Chambre de première instance, 16 de novembro de 1998, *Celibici (Delalic e outros)*, IT-96-21-T, par. 459, 10 de dezembro de 1998, *Furundzija*, IT-95-17/1-T, pars. 160-161 – conclusão aprovada pela Câmara de Apelações no mesmo caso (21 de julho de 2000, IT-95-17/1-A, par. 11). V. Chambre de première instance I, 12 de junho de 2007, *Martić*, IT-95-11-T, judgement, par. 76.

¹¹⁷ Ver Chambre de première instance, 14 de dezembro de 1999, *Jelisić*, IT-95-10-T, par. 100; para uma utilização dos trabalhos preparatórios da Convenção, v. a decisão do TPIR de 6 de dezembro de 1999, *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, par. 374, ou TPIY, Chambre de première instance II, 12 de dezembro de 2012, *Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-T, judgement, par. 1207 (nota 4571).

¹¹⁸ M.C. Bassiouni entende que, do artigo 10 do Estatuto de Roma, (citado *infra*, par. 132) resulta que “qualquer disposição do Estatuto que entre em conflito ou que não seja compatível com o Direito Internacional é subordinada a ele.” (*Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 231 ; ver ainda pp. 232-233 e, do mesmo autor, *Introduction to International Criminal Law : Second Revised Edition*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2013, p. 657). Além de ser vulnerável a objeções lógicas (ver *infra*, par. 115), esta afirmação é desmentida pelo próprio texto do artigo, que diz respeito apenas às “normas de Direito Internacional (...) que visem fins diferentes daqueles do presente Estatuto” (neste sentido: A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford UP, 2. ed., 2008, p. 14).

¹¹⁹ Cf. artigos 1º e 5º do Estatuto.

¹²⁰ Esta posição, entretanto, é contradita por aquela adotada pela Câmara de Apelações do TPIY no caso *Tadić*. Apoiando-se sobre as declarações feitas por três Estados (Estados Unidos, Reino Unido e França) à época da adoção do Estatuto do Tribunal pelo Conselho de Segurança (vide S/PV.3217, 25 de maio de 1993), o Tribunal concluiu que o Estatuto não exclui a aplicação de acordos internacionais que liguem as partes no momento do crime presumido, desde que não haja conflito com uma norma imperativa de direito internacional (v. também *Kupreškić*, *supra* nota 32, par. 536: neste caso, a Câmara decidiu, *ex abundante cautela*, que os protocolos I e II de 1977 eram aplicáveis nas circunstâncias do caso, já que “em 1993, a Croácia e a Bósnia-Herzegovina haviam ambas ratificado os protocolos adicionais I e II...”. Esta concepção, que abre espaço a uma competência “à la carte”, é extremamente questionável.

¹²¹ Sobre a utilização particular dos tratados de Direitos Humanos pelos tribunais *ad hoc*.

¹²² E do artigo 4º do Estatuto do TPIR.

termos do art. 2 de seu Estatuto¹²³ ou a qualidade de pessoa protegida¹²⁴. É uma opção lamentável de diversos pontos de vista.

Em primeiro lugar, o artigo 8º, parágrafo 2 (a), assim como as disposições correspondentes dos Estatutos do TPIY e do TPIR, constitui uma reescrita do artigo 3 que é comum às Convenções de Genebra, e o Tribunal poderia enfrentar embaraços caso estas diferenças de redação revelassem conduzir a soluções diferentes quando a Corte aplicasse seu Estatuto e quando aplicasse as Convenções¹²⁵. Em segundo lugar, a menção expressa às Convenções de 1949 apenas põe em destaque a ausência de referência aos Protocolos de 1977, enquanto algumas disposições destes enunciam regras igualmente bem estabelecidas e, em alguns casos, ainda mais necessárias ao panorama dos conflitos contemporâneos. Em terceiro lugar, e sobretudo, esta referência expressa às Convenções da Cruz Vermelha, longe de constituir um progresso, é um retrocesso em relação aos Estatutos dos Tribunais Militares Internacionais de Londres e Tóquio, os quais não se remetiam a nenhum texto em particular: ao convencionalizar a incriminação, passa-se a impressão falsa que a persecução de criminosos depende da ratificação do tratado em questão e o caráter universal do crime e sua definição costumeira se veem enfraquecidos¹²⁶.

Assim como a menção aos “tratados aplicáveis” do artigo 21 do Estatuto de Roma, a referência às Convenções de 1949, inútil e censurável, se explica pela visão penalista e eminentemente contestável segundo a qual o Direito escrito teria uma natureza favorável a garantir o respeito do princípio *nullum crimen*. Esta visão não é correta e, se o fosse, os julgamentos de Nuremberg seriam maculados de um vício grave¹²⁷.

b) *Os princípios e regras do Direito Internacional*

O artigo 21, parágrafo 1º (b) do Estatuto de Roma convida o Tribunal a aplicar, nas mesmas condições que os tratados – isto é, “em segundo lugar” e “se for

¹²³ Chambre de première instance II, 13 de setembro de 1996, *Rajic*, IT-95-12-R61, Examen de l’acte d’accusation conformément à l’article 61 du Règlement de procédure et de preuve, par. 38 e seq. (referência ao artigo 53 da 4ª Convenção de Genebra). Ver também *Martic*, supra nota 114, par. 97.

¹²⁴ *Celibici (Delalic e outros)*, supra nota 114, par. 271 (aplicação do artigo 4 da convenção IV). Ver também: Chambre d’appel, 17 de dezembro de 2004, *Dario Kordic e Mario Cerkez*, IT-95-14/2-A, arrêt, par. 328-331.

¹²⁵ É verdade que a prioridade das disposições estatutárias está além de qualquer dúvida (ver II A. *infra*).

¹²⁶ Além disso, tem-se o reconhecimento do fracasso do mecanismo de controle instituído pelas Convenções de Genebra (cf. artigo 143 e seguintes da Convenção IV), o qual deveríamos nos esforçar para fazer reviver antes de substituir sub-repticiamente. Para uma crítica comparável do artigo 2º do Estatuto do TPIY, v. A. Pellet, “Le Tribunal criminel international pour l’ex-Yougoslavie – Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, *R.G.D.I.P.*, v. 98, 1994, pp. 34-37.

¹²⁷ As regras aplicáveis foram mencionadas apenas (sumariamente) no Estatuto daquele Tribunal; mas, como o Tribunal declarou firmemente, as infrações que ele tinha por missão reprimir eram incriminadas pelos princípios gerais de direito, o que é suficiente para assegurar o respeito ao princípio *nullum crimen* (ver *supra*, nota 28).

o caso”, “os princípios e normas do Direito Internacional, incluindo os princípios estabelecidos do Direito Internacional dos conflitos armados”. Esta menção é certamente menos inadequada que a menção aos tratados.

A redação algo hermética desta disposição não causa menos espanto: por que utilizar uma fórmula tão complicada quando uma menção ao costume internacional teria sido suficiente? Por que visar “os princípios e normas” quando eles se encontram no mesmo nível? Por que, sobretudo, dedicar uma prescrição especial aos princípios (normas não?) estabelecidos do Direito Internacional dos conflitos armados, dos quais não se pode duvidar que façam parte dos princípios do Direito Internacional? Além disso, a articulação desta referência com os princípios e normas do Direito Internacional – e também com a referência da alínea seguinte ao “Direito Internacional e às regras e normas internacionais reconhecidas” – causa problemas¹²⁸.

Os trabalhos preparatórios, até onde são acessíveis, não indicam com clareza as respostas a estas questões; também não é de muito auxílio o fato de artigo 21 em geral não ter recebido muita atenção dos negociadores:

– A menção aos “princípios e normas do Direito Internacional” figurava no projeto da CDI, mas não havia esclarecimentos sobre esta expressão no comentário, nos termos do qual: “A expressão ‘normas e princípios’ do Direito Internacional geral compreende os princípios gerais de Direito, de modo que o tribunal possa legitimamente invocar o conjunto de normas de Direito Penal [*sic*: por que Direito Penal se o artigo visava o Direito Internacional?], que emanem de instâncias nacionais ou da prática internacional sempre que houver necessidade de esclarecimentos sobre questões que não são claramente regulamentadas pela via convencional”¹²⁹.

– O acréscimo da “precisão” (se se tratar realmente de uma) relativa aos “princípios estabelecidos do Direito Internacional dos conflitos armados” figura entre colchetes no projeto de Estatuto anexado ao Relatório do Comitê Preparatório¹³⁰.

– A supressão do adjetivo “geral” na primeira frase e a inserção de “internacional” na segunda ocorreram durante a Conferência de Roma sem que os objetivos de tais modificações fossem evidentes.

De todo modo, talvez seja necessário evitar-se dar à redação da alínea (b) do artigo 21, parágrafo 1º do Estatuto uma importância que ela não tem. Na realidade, não há dúvidas que esta disposição visa, e visa exclusivamente, o Direito Interna-

¹²⁸ M.C. Bassiouni, presidente do Comitê de Redação no momento da Conferência de Roma explicou, neste sentido, que o “artigo 21 deveria ser combinado ao artigo 10, mas não o foi porque o Capítulo II do Estatuto, que contém o artigo 10, não foi submetido ao Comitê de Redação, e sim transmitido diretamente ao Comitê Plenário” (*cit.* Nota 116, p. 232, nota 6; ver também, do mesmo autor: “Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal* 1999, p. 443).

¹²⁹ *Anuário da C.D.I. (em francês)*. 1994, v. II, Parte 2, p. 54. A CDI confunde aqui os princípios gerais de direito internacional (que derivam do direito costumeiro) e os princípios gerais de direito mencionados no artigo 38, par. 1 (c) do Estatuto da CIJ – ver c) *infra*.

¹³⁰ A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998, p. 47.

cional costumeiro, do qual os “princípios estabelecidos do Direito Internacional dos conflitos armados” são indiscutivelmente parte integrante.

E se a palavra “costume” foi excluída da letra do artigo, isto se deve muito provavelmente à oposição dos penalistas – cuja influência cresceu progressivamente durante os trabalhos de elaboração do Estatuto –, motivada por uma compreensão errônea do princípio da legalidade dos delitos e das penas. Assim, como afirma o professor Blakesley: “Essencialmente, o problema é que os elementos dos crimes que surgem do ‘Direito Internacional geral’ são frequentemente vagos demais. Sua definição não fornece os elementos exigidos pelo Direito Internacional Penal e pelo Direito Internacional dos direitos humanos”¹³¹. Esta visão, profundamente conservadora e centrada nos Estados, exerceu uma visão puramente terminológica, na medida em que era necessário que os Juízes, no silêncio do Estatuto, pudessem se direcionar “ao costume internacional como prova de uma prática geral aceita como Direito”¹³².

Em qualquer caso, não resta dúvida de que o Tribunal poderia se referir ao costume mesmo na ausência de texto expresso¹³³. Esta é a prática firme dos Tribunais penais *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda. Conforme explicou o TPIY: “com efeito, uma vez que o Estatuto não resolver uma questão específica, cabe ao Tribunal invocar i) as normas de Direito Internacional costumeiro ...”¹³⁴ Assim, por exemplo, no caso *Tadić*, o TPIY extraiu da prática as principais normas costumeiras de Direito Internacional que regem os conflitos armados internos¹³⁵ e, no caso *Kupreškić*, ele se fundou na existência de uma regra costumeira que proíbe represálias contra civis estabelecida, muito classicamente, pela descrição sucessiva da prática e da *opinio juris*¹³⁶.

É possível operar uma distinção entre os princípios e as normas do Direito Internacional? Sem dúvida que não, ao menos em relação a sua natureza: nos dois casos, trata-se de normas costumeiras e dever-se-á provavelmente considerar que há nelas um tique de linguagem, uma expressão “feita” que se refere ao costume. De tudo, resta que, em matéria de Direito Internacional Penal, a possibilidade de se basear em princípios suscita dúvidas (exceto para se interpretar normas). Em uma concepção rigorosa, a palavra “normas” tem uma conotação mais precisa e implica um grau de determinação que o termo “princípios” não possui; e o princípio *nullum*

¹³¹ “Comparing the *Ad hoc* Tribunal for Crimes Against Humanitarian Law in the Former Yugoslavia & the Project for an International Criminal Court Prepared by the International Law Commission”, *International Review of Penal Law*, 1º e 2º trimestres de 1996, p. 148.

¹³² Artigo 38, par. 1 (b) do Estatuto da CIJ.

¹³³ Curiosamente, o parágrafo 3 do artigo 31 (“Causas de exclusão da responsabilidade penal) também autoriza expressamente o Tribunal a “levar em consideração uma causa de exclusão diversa das previstas no parágrafo 1º, se tal causa resultar do direito aplicável, em conformidade com o artigo 21.”

¹³⁴ *Kupreškić*, *supra* nota 32, par. 591.

¹³⁵ Chambre d’appels, 2 de outubro de 1995, IT-94-I-AR72, par. 96-127.

¹³⁶ Ver *supra*, nota 32, par. 521-535.

crimen poderia ser prejudicado por uma aplicação indiscriminada deste último termo, ao menos quando utilizados para fundamentar uma condenação¹³⁷.

Nesse sentido, não se deve tomar ao pé da letra a expressão “princípios estabelecidos do Direito Internacional dos conflitos armados”, que, em nenhuma situação, restringe nem especifica utilmente o Direito aplicável pelo Tribunal. É certo que tais princípios fazem parte do Direito Internacional costumeiro e, mais uma vez, somente poderiam ser aplicados por uma jurisdição penal se apresentarem um grau de determinação suficiente para responder às exigências do princípio da legalidade.

c) *Os princípios gerais de Direito*

Trata-se de uma disciplina distinta daquela destinada aos princípios gerais de Direito mencionados na alínea (c) do parágrafo 1º do artigo 21 do Estatuto.

Não é adequado se afirmar que a inclusão destes princípios como fonte de direito distinta dos princípios de Direito Internacional mencionados na alínea precedente “dá azo a alguma confusão”¹³⁸. Trata-se aqui de duas fontes distintas do Direito Internacional Público: ao passo que os princípios de Direito Internacional são normas costumeiras cobertas pela alínea (b) do artigo 38, parágrafo 1º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, os “princípios gerais do Direito” constituem a terceira fonte” visada pela alínea (c) daquele mesmo artigo, sob o nome de “princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas”¹³⁹; estes constituem um modo de formação distinto das normas do Direito Internacional, sobre as quais se admite geralmente constituírem o fundo comum aos direitos nacionais do conjunto dos Estados¹⁴⁰.

Além disso, o artigo 21 do Estatuto de Roma define melhor estes princípios, com mais precisão que o artigo 38 do Estatuto da CIJ, pois indica que estes princí-

¹³⁷ De modo geral, o Estatuto abusa do recurso ao termo “princípios” – o artigo 21 utiliza-o nada menos que cinco vezes, em sentidos diferentes: apenas a menção que se faz deles no parágrafo 1º (c) seria necessária (ver (c), *infra*). Em inglês, a utilização do termo *standards* (em contraposição às “normas internacionais reconhecidas”), na alínea (c) do parágrafo 1º, contribui ainda mais para a confusão; para uma outra utilização da palavra *standard* no Estatuto, ver por exemplo o artigo 106, par. 1: *The enforcement of a sentence of imprisonment (...) shall be consistent with widely accepted international standards governing treatment of prisoners.* Em ambos os casos, o texto francês é menos problemático: *standards* é traduzido para *règles*.

¹³⁸ M. McAuliffe deGuzman, cit. Nota 57, p. 440. *Contra*: S. Garibian, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'État moderne – Naissance e consécration d'un concept*, LGDJ-Bruylant-Schultess, Paris-Bruxelas-Genebra, 2009, pp. 397-399.

¹³⁹ A expressão “nações civilizadas” é hoje obsoleta: visa-se todos os Estados. Em sua tradução francesa, o artigo 21 (1)(c) faz pensar que se trata de uma fonte diferente daquela mencionada no artigo 38 (1)(c) do ECIJ, uma vez que se fala de “princípios gerais do direito”, ao passo que a Corte aplica os “princípios gerais de direito”. O texto francês está claramente errado.

¹⁴⁰ V. P. Daillier, M. Forteau e A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, Paris, LGDJ, 8ª ed., 2009, pp. 380-386; B. Simma e A. Paulus, “Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit)”, in H. Ascencio e outros (dir.), nota 23, pp. 67-81 ou S. Garibian, cit. Nota 142, pp. 340-358.

pios são “retirados do Direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes” o que tem o mérito de dissipar toda incerteza sobre sua natureza e de diferenciá-los claramente dos princípios gerais de Direito Internacional.

Ao se analisar o artigo 21, parágrafo 1º (c), do Estatuto, a Câmara Preliminar I considerou com justeza, em uma decisão de 13 de março de 2008, prolatada no caso *Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, que, de acordo com esta disposição,

“a jurisprudência nacional pode apenas constituir uma fonte subsidiária do Direito aplicável perante o Tribunal, ainda que ela estabeleça a existência de um princípio geral de Direito passível de ser retirado ‘do Direito doméstico dos diferentes sistemas jurídicos’, e apenas se este princípio não for incompatível com o Estatuto nem com o Direito Internacional e as regras e normas internacionalmente reconhecidas”¹⁴¹.

De fato, os princípios gerais de Direito se remetem a uma tripla operação intelectual: uma comparação entre os sistemas nacionais, a busca dos “princípios” que são comuns àqueles e sua posterior transposição ao plano internacional, o que é evidenciado pela definição do artigo 21 ao mencionar o papel que o intérprete ou as jurisdições internacionais (no caso, o TPI) desempenham em sua aplicação. Além disso, os autores do Estatuto, acertadamente, não fizeram referência aos direitos domésticos em si, mas sim, aos “diferentes sistemas jurídicos do mundo”¹⁴², donde tem-se que não se fala aqui de uma comparação sistemática de todos os ordenamentos nacionais,¹⁴³ mas sim – e exclusivamente – de se garantir por meio de “sondagens” estar-se diante de normas que podem efetivamente ser encontradas nos “principais sistemas jurídicos do mundo”¹⁴⁴; no mundo contemporâneo, existe um número pequeno de sistemas, e mesmo apenas dois: as famílias de Direito romano-germânico, de um lado, e o *common law*, de outro¹⁴⁵. Ainda, é necessário que o princípio seja conhecido por estes dois grandes sistemas, sem o que não se pode estabelecer que se trate de um princípio.

Assim, em sua Decisão de 8 de novembro de 2006, relativa à preparação de testemunhas antes que estas deponham perante o Tribunal, no processo de *Thomas*

¹⁴¹ TPI, Câmara Preliminar I, 13 de março de 2008, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-322, *Décision levant l’interdiction des contacts et des communications entre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, p. 12.

¹⁴² O texto em francês é mais claro; ele visa “as *leis nacionais* [talvez fosse preferível mencionar *direitos nacionais*] que representam os diferentes sistemas jurídicos do mundo.”

¹⁴³ Ver neste sentido a opinião individual comum dos Juízes McDonal e Vorah do TPIY, Câmara de Apelações, 7 de outubro de 1997, *Erdemovic*, par. 57.

¹⁴⁴ Cf. artigo 9 do Estatuto da CIJ.

¹⁴⁵ O próprio Estatuto é em larga medida o resultado de uma tentativa globalmente convincente de conciliação entre sistemas jurídicos diferentes; cf. P. Kirsch, “The Development of the Rome Statute”, in UNITAR, Roy Lee (dir.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute; Issues, Negotiations, Results*, Haia/Londres/Boston, 1999, p. 456. Ver ainda M. Politi e F. Gioia, “The Criminal Procedure Before the International Criminal Court : Main Features”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 5, 2006, pp. 103-123, e sobretudo, pp. 115-119.

Lubanga, a Câmara Preliminar I constatou que a Acusação não afirmava apenas que a prática que ela invocava a respeito da ratificação dos depoimentos pelas testemunhas era “conforme ao Direito Processual Penal congolês” (par. 35), mas ressaltava também que o Direito aplicável à matéria era “apreendido de maneira muito diferente de um sistema nacional para outro” (par. 36) e que a prática cuja aplicação era reivindicada pelo Procurador “seria contrária à deontologia ou à lei em diversos países tão diferentes entre si quanto o Brasil, a Espanha, a França, a Bélgica, a Alemanha, a Escócia, Gana, a Inglaterra e o País de Gales, ou ainda a Austrália, ao passo que em outros países, em particular nos Estados Unidos da América, a prática da ratificação de depoimentos na forma proposta pela Acusação é bem aceita, e por vezes mesmo considerada como uma consequência de boas práticas profissionais” (par. 37):

“Neste contexto, a Câmara entendeu conveniente dedicar uma atenção particular ao tratamento dado à prática de ratificação dos testemunhos na Inglaterra e no País de Gales”¹⁴⁶.

Apesar disso, constata a Câmara, a prática invocada não colide com os princípios gerais de Direito: “Portanto, a Câmara conclui que o segundo elemento da definição de ratificação do testemunho proposta pela Acusação não é reconhecida por nenhum princípio geral de Direito que possa ser extraído das leis nacionais que representam os diferentes sistemas jurídicos do mundo. Bem ao contrário, se um princípio geral de Direito sobre esta matéria viesse a ser extraído das leis nacionais que representam os diferentes sistemas jurídicos do mundo, ele insistiria sobre a obrigação da Acusação de se abster de proceder à ratificação de testemunhos pelos métodos propostos” (par. 42).

A Câmara de Julgamento I confirmou esta visão em sua Decisão de 30 de novembro de 2007, na qual entendeu “que nenhum princípio geral de Direito autorizando a preparação de fundo de uma testemunha antes de seu comparecimento pode ser extraído dos diferentes sistemas jurídicos do mundo como prescreve o artigo 21 (1)(c) do Estatuto. Mesmo que esta prática seja admitida em certa medida em dois sistemas jurídicos – ambos fundados no *common law* –, isto não é suficiente para se concluir que existe um princípio geral fundado por uma prática estabelecida nos sistemas jurídicos nacionais. A Câmara de Julgamento observa que os argumentos invocados pela Acusação a respeito das jurisprudências nacionais não continham nenhuma referência proveniente da tradição jurídica romano-germânica”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ TPI, Câmara Preliminar I, 8 de novembro de 2006, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-679, Décision relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour, par. 35-42.

¹⁴⁷ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *supra* nota 107, par. 41. V. também, no mesmo processo, ICC-01/04-168, Chambre d'Appels, 13 de julho de 2006, arrêt écartant une requête du Procureur aux fins de réexamen d'une décision d'une chambre préliminaire, faute de concordance des systèmes juridiques nationaux (pars. 26-31); *Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, *supra* nota 142, na qual o Juiz singular rejeita uma demanda do Promotor destacando que: “a análise da jurisprudência nacional feita na petição da Acusação cobre, na verdade, apenas dois sistemas nacionais” (p. 12).

Estes posicionamentos também evidenciam que cabe às partes no processo estabelecer a existência de um tal princípio, e que o Tribunal não poderia invocá-lo de ofício.

Entretanto, este teste para do reconhecimento dos princípios nos grandes sistemas de Direito contemporâneo não é suficiente. É necessário ainda que o princípio obtido possa ser transposto para o ordenamento jurídico internacional. Não se trata apenas de uma exigência lógica: a “transponibilidade” constitui um elemento da definição dos princípios gerais de Direito em si¹⁴⁸, pois, como ressaltou o TPIY, “os pontos de vista ou as abordagens judiciais internas devem ser tratadas com a mais extrema prudência no plano internacional, sob pena de inadequação às características únicas do Direito Processual Penal Internacional”¹⁴⁹. O Estatuto do TPI também leva em conta, acertadamente, este elemento de definição, quando precisa que o Tribunal pode aplicar princípios gerais de Direito “se estes princípios não forem incompatíveis [...] com o Direito Internacional e as regras e padrões internacionalmente reconhecidos”¹⁵⁰.

O artigo 21(1)(c) inclui, porém, uma precisão suplementar à definição dos princípios gerais de Direito que o Tribunal pode aplicar na ausência de disposições pertinentes do Estatuto, de tratados aplicáveis e de normas costumeiras, ao acrescentar que as leis nacionais que representam os diferentes sistemas jurídicos do mundo das quais o Tribunal deve extrair os princípios gerais de Direito incluem “o Direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a jurisdição relativamente ao crime.”

Esta disposição é herança do artigo 33 do projeto da CDI de 1994, que, de maneira infinitamente mais questionável (a bastante esotérica), permitia ao Tribunal a aplicar “quando adequado, qualquer norma de Direito doméstico”¹⁵¹.

Amplamente criticada, mesmo por membros da Comissão, esta referência ao Direito doméstico foi o objeto de debates bastante intensos à época dos trabalhos preparatórios do Estatuto, menos entre Estados de tradições jurídicas diferentes

¹⁴⁸ Ver P. Daillier, M. Forteau e A. Pellet, nota 141, p. 384, ou B. Simma e A. Paulus, nota 141, p. 63.

¹⁴⁹ Chambre d’appels, 29 de outubro de 1997, *Blaškić*, IT-95-14-AR108 bis, par. 23. No processo de *Tadić*, a Câmara de Apelações sustentou que a exigência de um tribunal ser estabelecido pela lei é um princípio geral de Direito (2 de outubro de 1995, IT-94-1-AR72, par. 42), mas considerou que não era possível transpô-la pura e simplesmente para a esfera internacional, dada a inexistência de qualquer separação de poderes na sociedade internacional (par. 43). Ver L. Gradoni, “L’exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux” in E. Fronza e S. Manacorda, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc – Études des Law Clinics en droit pénal international*, Dalloz-Giuffrè, Paris-Milão, 2003, pp. 10-40.

¹⁵⁰ Anuário da C.D.I. (em francês) 1994, v. II, Parte 2, p. 54. É certo que, como indicava o comentário (*ibid.*), o problema aparecia em termos um pouco diferentes, já que certos tratados mencionados no anexo (os quais estabeleciam a competência do Tribunal – ver *supra*, nota 108) “exigem expressamente que os crimes de que tratam já sejam tipificados em Direito interno”; entretanto, a justificativa não é convincente.

¹⁵¹ A/CONF.183/2/Add. 1, p. 47.

que entre Estados que calcavam suas posições em doutrina penalista e outros que eram favoráveis a uma abordagem mais internacionalista¹⁵². O projeto de Estatuto apresentado pelo Comitê Preparatório em abril de 1998 oferecia outra alternativa, estabelecendo a aplicação “no que diz respeito à fonte hierarquicamente terciária para o Tribunal, tanto dos princípios gerais de Direito extraídos pelo Tribunal de ordenamentos internos quanto de leis nacionais específicas de Estados específicos listados”¹⁵³, a saber, o Estado sobre cujo território o crime foi (principalmente) cometido, o Estado da nacionalidade do acusado e o Estado onde o acusado estiver detido, nesta ordem¹⁵⁴.

São estes Estados que, globalmente e sem nenhuma hierarquia artificial, são o alvo da expressão finalmente adotada: “Estados que exerceriam normalmente a jurisdição relativamente ao crime”. Pode-se questionar, de resto, a razoabilidade desta menção: os princípios gerais de Direito devem, por definição, ser recebidos nos principais sistemas jurídicos do mundo, sem referência a um Estado específico. Pode-se, contudo, pensar que as particularidades do Direito Penal e as exigências do princípio *nullum crimen* justificam que tal prescrição seja dada ao Tribunal: uma vez que, de qualquer forma, ele não pode proceder a um estudo comparativo detalhado dos ordenamentos jurídicos de todos os países do mundo, parece legítimo que ele priorize os sistemas jurídicos aos quais o acusado estiver familiarizado¹⁵⁵ – tendo em mente que o Tribunal dispõe de um grande poder discricionário para estes efeitos (“se for o caso”)¹⁵⁶.

Em sua opinião individual e dissidente no caso *Erdemović*, no TPIY, o Juiz Cassese estudou em grande detalhe a questão de se determinar “em que medida um tribunal penal internacional pode ou deve se inspirar em conceitos de Direito interno e transpô-los para o Processo Penal Internacional”¹⁵⁷. Sua tese fundamental é que “as interpretações jurídicas e os termos consagrados utilizados em direito doméstico não deveriam ser automaticamente aplicados ao plano internacional”¹⁵⁸. Três razões fundamentam este entendimento:

– Em primeiro lugar, a atitude tradicional dos tribunais internacionais para com as noções de Direito interno tende a sugerir que deve-se começar por avaliar todos

¹⁵² Para uma descrição dos trabalhos preparatórios neste tópico, v. M. Shaw, “The International Criminal Court – Some Procedural and Evidential Issues”, *Journal of Armed Conflict*, 1998, v. 3, pp. 66-67.

¹⁵³ *Ibid.*, at 67.

¹⁵⁴ A/CONF.183/2/Add. 1, p. 47.

¹⁵⁵ Este sistema não deixa de recordar as disposições que figuram nos artigos 24 e 23 dos Estatutos respectivos do TPIY e do TPIR, que permitem os tribunais *ad hoc* a “recorrer ao quadro geral de penas de prisão aplicadas pelos tribunais” da Ex-Iugoslávia e de Ruanda.

¹⁵⁶ Neste sentido, v. M. McAuliffe de Guzman, cit. nota 57, p. 710.

¹⁵⁷ Chambre d’appel, 7 de outubro de 1997, IT-96-22-A, par. 2. Para um estudo doutrinário dedicado do papel dos princípios gerais de Direito no Direito aplicável pelas jurisdições internacionais penais, v. F.O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, tese Amsterdam, 2007, xxi-230 p., sobretudo pp. 156-169, no que diz respeito ao TPI.

¹⁵⁸ *Ibid.*

os instrumentos disponíveis no plano internacional antes de recorrer ao Direito interno”¹⁵⁹;

– Em segundo lugar, o Direito Internacional Penal resulta da combinação de sistemas de *civil law* e de *common law*. “Esta combinação ou este amálgama é único e gera uma lógica jurídica que é sensivelmente diferente daquela verificada em cada um dos dois sistemas penais internos: a filosofia que sustenta os processos internacionais é totalmente diferente daquela que existe em cada um destes sistemas de Direito interno”¹⁶⁰.

– Em terceiro lugar, “um certo número de características distinguem os processos internacionais dos processos penais nacionais”¹⁶¹

Estas considerações convencem¹⁶² e justificam, ao mesmo tempo, a referência feita no artigo 21 do Estatuto, não aos Direitos nacionais em si, mas aos princípios gerais de Direito que são extraídos desses.

Não há jamais que se falar, portanto, em aplicar pura e simplesmente o Direito de um Estado qualquer; e isto deve ser celebrado. Como se observou, “a aplicação de lei nacional como tal por um tribunal internacional é muito problemática por várias razões, notadamente a variação e a possível inconsistência de normas domésticas aplicáveis a uma mesma situação internacional. Referência a conceitos jurídicos via, por exemplo, princípios gerais de Direito, por outro lado, é aceita pela prática internacional”¹⁶³. Estamos diante de um mecanismo de segurança marginal mas útil, que pode auxiliar os Juízes a preencher eventuais lacunas do Direito convencional ou costumeiro.

A Câmara Preliminar I aplicou estas diretivas na Decisão de Confirmação das Acusações de 29 de janeiro de 2007, no caso Thomas Lubanga:

“A Câmara observa (...) que de acordo com o artigo 21 (1)(c) do Estatuto, ela deve aplicar, na ausência de outras disposições, os princípios gerais de Direito retirados das leis nacionais. Isso posto, a Câmara entende que o Tribunal não é vinculado pelas decisões proferidas por jurisdições nacionais em matéria de administração da prova. Consequentemente, o simples fato de uma jurisdição congoleza haver se pronunciado sobre a ilegalidade da busca e apreensão conduzidas pelas autoridades nacionais não pode ser considerado vinculante para o Tribunal. É o que se depreende claramente do artigo 69 (8), nos termos do qual ‘o Tribunal, ao se pronunciar sobre a pertinência ou a admissibilidade das provas coligidas por um Estado, não poderá pronunciar-se sobre a aplicação do Direito interno desse Estado’”¹⁶⁴.

¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 3.

¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 4.

¹⁶¹ *Ibid.*, par. 5.

¹⁶² V. B. Simma e A. Paulus, cit. nota 144, p. 67

¹⁶³ M. Shaw, cit. nota 153, p. 66. [citado em inglês no original].

¹⁶⁴ TPI, Câmara Preliminar I, 29 de janeiro de 2007, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-803, Décision de confirmation des charges, par. 60.

I. A ORGANIZAÇÃO AMBÍGUA DA HIERARQUIA DE NORMAS APLICÁVEIS

Salvo pela omissão da doutrina como “meio auxiliar de determinação das regras de direito”, o artigo 21 do Estatuto é definitivamente muito próximo, em suas linhas gerais, do artigo 38 do Estatuto da CIJ, do qual – mesmo que recorrendo a uma terminologia parcialmente diferente – ele aproveita as três fontes: os tratados, o costume e os princípios gerais de Direito. Os dois se diferenciam, contudo, por um traço essencial, na medida em que o Estatuto de Roma organiza, de forma relativamente precisa, a hierarquia existente entre as diferentes fontes que enumera¹⁶⁵.

Em Direito Internacional geral, a combinação de normas incompatíveis é garantida pela aplicação de princípios muito amplos de direito (traduzidos sobretudo nas máximas *specialia generalibus derogant* e *lex posterior priori derogat*). Mas esta combinação não é estabelecida pelo Estatuto da CIJ, cujo artigo 38 põe as três “grandes fontes” mencionadas em pé de igualdade, de tal modo que a Corte Internacional de Justiça não pode fazer prevalecer uma regra convencional sobre uma norma costumeira (ou vice-versa) tomando por único fundamento a fonte da qual a norma provém¹⁶⁶.

Neste aspecto, o artigo 21 do Estatuto do TPI é completamente distinto: ele fornece aos Juízes diretivas aparentemente claras para a aplicação das diferentes fontes de Direito aplicável que enumera: o Estatuto ocupa o topo da hierarquia que institui e as outras fontes são colocadas em relações hierárquicas que parecem a um tempo relativamente simples e lógicas. Tal clareza é enganadora: a esta hierarquia formal entre as fontes do Direito aplicável que o Estatuto enumera se sobrepõe uma outra, de natureza material que concerne diretamente as normas aplicáveis: algumas delas são superiores a outras não mais em razão da fonte formal da qual derivam, mas por causa de seu objeto ou de seu conteúdo.

Oportuno, portanto, estudar separadamente a hierarquia das fontes instituída pelo Estatuto e em seguida aquela entre as normas que é evocada no parágrafo 3º do artigo 21 e que parece legitimar uma espécie de “superlegalidade” internacional do Direito Internacional dos direitos humanos como um todo.

¹⁶⁵ *Contra*: S. Garibian, cit. Nota 116, pensa que, à imagem do artigo 38 do Estatuto da CIJ, o artigo 21 do Estatuto do TPI “não instaura nenhuma hierarquia mas, de maneira mais simples, *uma ordem expressa de consideração*” (p. 393, nota 1561 – grifado no texto); ver também A. Cassese, cit. nota 116, p. 15.

¹⁶⁶ A única exceção aparente diz respeito à doutrina e à jurisprudência, que o artigo 31 (1) (c) define como meios *auxiliares* de determinação das normas jurídicas”; mas, justamente, estas não são de fontes do Direito Internacional (ver A. Pellet, comentário cit. nota 2, pp. 853-870). O parágrafo 2º do artigo 21 do Estatuto do TPI deve ser interpretado neste mesmo sentido.

A. A hierarquia das fontes do Direito aplicável

Quer se fale do “Direito próprio” ao TPI, quer das fontes do Direito Internacional geral enumeradas pelo artigo 21 do Estatuto, este último é claramente inserido no cume da “pirâmide” de normas às quais aquela disposição se refere: “o artigo 21 do Estatuto, intitulado ‘Direito aplicável’, consagra, sem dúvidas, a primazia do texto fundador que é o Estatuto de Roma sobre as outras fontes de direito ali enumeradas”¹⁶⁷.

O parágrafo 1º do artigo 21 orienta o Tribunal a aplicar “(a) em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos dos Crimes e as Regras de Procedimento e Prova”, os dois últimos em aparente pé de igualdade com o primeiro. Mas os artigos 9º – dedicado aos Elementos dos Crimes – e 51 – sobre o RPP – dissipam a ambiguidade.

Nos termos do parágrafo 4º do artigo 51, “As Regras de Procedimento e de Prova e respectivas alterações, bem como quaisquer normas provisórias, deverão estar em consonância com o presente Estatuto.” Quanto ao Regimento do Tribunal, ele somente pôde ser adotado “de acordo com o presente Estatuto e com as Regras de Procedimento e Prova”. Em matéria de procedimentos, a equação é, portanto, simples: Estatuto > RPP > Regimento do Tribunal – e é evidente que o Tribunal deve interpretar o RPP e o Regimento de maneira conforme ao Estatuto e que se certas normas se revelarem inconciliáveis com as normas estatutárias, são estas últimas que devem prevalecer¹⁶⁸.

O mesmo vale para os Elementos dos Crimes e suas alterações, os quais o artigo 9º (3) do Estatuto determina que “deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto”. Isto levou a maioria dos Juízes da Câmara Preliminar I a entender, na decisão de 4 de março de 2009 relativa ao Pedido da Acusação para Expedição de Mandado de Prisão contra Omar Hassan Ahmad al-Bashir, “que os Elementos dos Crimes e as Regras são aplicáveis, a menos que a Câmara competente encontre uma contradição irreconciliável entre estes documentos e o Estatuto. Se tal for o caso, as disposições do Estatuto devem prevalecer”¹⁶⁹.

Pode-se questionar ainda se as relações entre o Estatuto e os Elementos dos Crimes levantam uma questão de hierarquia das fontes e não antes uma questão de

¹⁶⁷ TPI, Chambre de première instance II, 1º de outubro de 2013, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, *Décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus* DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 e DRC-D02-P-0350, par. 29.

¹⁶⁸ V. notavelmente TPI, Câmara Preliminar I, 17 de janeiro de 2006, *Situation en République Démocratique du Congo*, ICC-01/04-101, *Décision sur les demandes de participation à la procédure*, par. 47 et Chambre d’appel, 13 de fevereiro de 2007, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-824, *Arrêt relatif à l’appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thoma Lubanga Dyilo »*, par. 43.

¹⁶⁹ TPI, Câmara Preliminar I, 4 de março de 2009, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, *Décision relative à la requête de l’Accusation aux fins de délivrance d’un mandat d’arrêt à l’encontre d’Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, par. 128.

interpretação, visto que os Elementos dos Crimes se destinam a “auxiliar o Tribunal a interpretar e aplicar os artigos 6º, 7º e 8º”¹⁷⁰.

Quanto à jurisprudência do Tribunal¹⁷¹, ela é contemplada apenas como um meio subsidiário à disposição do Tribunal, e este não é obrigado a aplicá-la¹⁷². Pode-se, portanto, considerar que ela se encontra de certa forma “fora da hierarquia” – e por uma boa razão: ainda que ela seja mencionada no artigo 21, ela não é uma fonte do Direito aplicável pelo Tribunal¹⁷³.

O artigo 21 estipula ainda a superioridade do Estatuto sobre as outras fontes do Direito aplicável pelo Tribunal.

Isso é atestado pela própria enumeração das fontes que são mencionadas no artigo: “em primeiro lugar”, o Estatuto¹⁷⁴; “em segundo lugar”, e apenas “se for o caso”, os tratados e princípios e regras de Direito Internacional; e, “na falta destes”, os princípios gerais de Direito – e apenas “caso não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o Direito Internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos”, o que é uma outra maneira, bastante redundante, de dizer a mesma coisa.

Esta hierarquia explícita foi apontada em diversas ocasiões pelas Câmaras do Tribunal e, recentemente, voltou a sê-lo, pela Câmara de Julgamento II, em seu julgamento de 7 de março de 2014, no caso *Germain Katanga*:

“A Câmara deve destacar que o artigo 21 do Estatuto estabelece uma hierarquia das fontes do Direito aplicável e que, em qualquer decisão que for chamada a proferir, ela deve aplicar ‘em primeiro lugar’, as disposições pertinentes do Estatuto. Considerando-se a hierarquia instaurada pela decisão, a Câmara não aplicará a partir deste momento as fontes de direito subsidiárias previstas nos artigos 21 (1) (b) e 21 (1)(c) do Estatuto, salvo quando constatar que existe um vazio jurídico nas disposições do Estatuto, dos Elementos dos Crimes e das Regras”¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Para outra utilização da expressão “aplicação e interpretação” do Direito, v. parágrafo 3 do próprio artigo 21 – ver também *infra*. O Estatuto não oferece nenhuma indicação quanto à hierarquia que poderia existir entre os Elementos dos Crimes e o RPP – fato é que o problema é bastante artificial: os dois instrumentos disciplinam matérias diferentes.

¹⁷¹ A jurisprudência de outras cortes e tribunais é ignorada pelo artigo 21, ao passo que ela é compreendida pela expressão geral utilizada no artigo 38 (1)(d) do Estatuto da CIJ.

¹⁷² Cf. a diferença de redação entre os parágrafos 2º (“o Tribunal poderá aplicar...”) e 1º (“o Tribunal aplicará...”) do artigo 21. Esta foi a opinião defendida na opinião dissidente da Juíza Usacka junto da Decisão da Câmara Preliminar I de 4 de março de 2009, cit. nota 171.

¹⁷³ Neste ponto, ver *supra*, par. 51.

¹⁷⁴ Como o são os Elementos dos Crimes (admitindo-se que se possa considerá-los uma verdadeira fonte do Direito aplicável pelo Tribunal) e os RPP; uma interpretação textual do artigo 21 induz a pensar que estes gozam da mesma superioridade que o próprio Estatuto, o que também é justificado pelo princípio *specialia generalibus derogant*.

¹⁷⁵ Ver *supra*, nota 74, par. 39; ver também *supra*, par. 37. Ver ainda, TPI, Câmara Preliminar II, 28 de outubro de 2005, *Situation en Ouganda*, ICC-02/04-01/05, Décision relative à la position du Procureur sur la Décision de la Chambre préliminaire II d’expurger les descriptions factuelles des crimes dans les mandats d’arrêt, demande de réexamen et demande d’éclaircissements, par. 19 (cit. no par. 60); *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, cit. *supra*, nota 107, par. 44 (cit. *ibid.*);

Esta enumeração ordenada e hierarquizada não resolve todos os problemas. É forçoso constatar, em particular, que nada na redação da alínea (b) do artigo 21 permite dar prioridade aos tratados ou às normas costumeiras. Estamos diante da problemática clássica do Direito Internacional geral e convém procurar a solução nos adágios tradicionais que permitem escolher entre normas incompatíveis em função da data de sua formação ou de seu grau de generalidade.

Sob esta reserva, a equação, paralela àquela que existe a respeito do direito próprio do TPI, é clara: Estatuto > [tratados = princípios e regras do Direito Internacional] > princípios gerais de Direito.

Tal superioridade do Estatuto em relação a todas as outras fontes do Direito aplicável pelo Tribunal é legítima. Seria assim mesmo se isso não houvesse sido expressamente estabelecido.

Ato constitutivo de uma organização internacional, o Estatuto é um tratado multilateral que “apresenta certas características especiais”¹⁷⁶, dentre as quais aquela de constituir a “norma suprema” de um sujeito de Direito Internacional dotado de uma personalidade jurídica própria. Neste sentido, falou-se frequentemente em “constituição”¹⁷⁷; se a analogia com o Direito interno é enganosa em vários aspectos, ela não acentua menos a superioridade do tratado que cria a organização, do qual ela tira sua existência, sobre todas as outras fontes de seu direito próprio. Ademais, foi em boa medida como uma “questão de constitucionalidade” que a Câmara de Apelações do TPIY tratou o argumento do apelante no caso *Tadić* segundo o qual a criação do Tribunal era contrária à Carta das Nações Unidas¹⁷⁸.

Numerosos atos constitutivos se esforçam para afirmar sua superioridade sobre outros tratados celebrados entre seus Estados membros por meios diversos¹⁷⁹. O Estatuto de Roma não comporta nenhuma disposição deste tipo; todavia, o artigo 21 responde às mesmas exigências e foi adotado com o mesmo intuito: sem dúvida, ele não obriga os Estados Partes a não concluírem tratados contrários ao Estatuto¹⁸⁰;

TPI, Câmara Preliminar I, 13 de março de 2008, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, decisão cit. nota 106, p. 12; ou ainda TPI, Câmara Preliminar I, 4 de março de 2009, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Décision cit. nota 170, par. 126.

¹⁷⁶ CIJ, opinião consultiva, *Certaines dépenses des Nations Unies*, Rec. 1962, p. 157; ver também *supra*, nota 20.

¹⁷⁷ Um tal tratado “serve de quadro constitucional” para a organização que cria (TPIY, Chambre d’appel, 2 de outubro de 1995, *Tadić*, IT-94-1-AR72, par. 28).

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 21, par. 26-48.

¹⁷⁹ Cf. artigo 103 da Carta das Nações Unidas ou os artigos 306 e 207 do Tratado da União Europeia.

¹⁸⁰ O que poderia ter sido interessante do ponto de vista prático, sobretudo para o que é das obrigações de cooperação com o Tribunal, cujo respeito poderia ser ameaçado por acordos incompatíveis concluídos por certos Estados membros e, em particular, pelos acordos de não entrega de pessoas (Agreements Regarding the Surrender of Persons to the International Criminal Court), celebrados essencialmente pelos Estados Unidos (que conseguiram impor a assinatura destes acordos a nada menos que 103 Estados) – sobre estes instrumentos, evidentemente contrários ao Estatuto, ver notavelmente M. Benzing, “U. S. Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court : an Exercise in the Law of Treaties”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 8, 2005, pp. 181-236; D. H. Cotton & G. Odhiambo

mas obriga o Tribunal, no exercício de suas funções jurisdicionais, a fazer prevalecer o Estatuto sobre qualquer outra regra convencional.

Pode-se encontrar nas particularidades desta missão um argumento suplementar em favor da superioridade das disposições do Estatuto sobre qualquer outra regra: dotado de uma competência de atribuição, o Tribunal não pode “derrogar as disposições do Estatuto”¹⁸¹ e não pode agir fora dos limites estabelecidos por este, que lhe confere sua competência e fixa os limites desta.

B. Uma “superlegalidade” internacional?

O parágrafo 3º do artigo 21 constitui, certamente, a mais intrigante das regras fixadas pelo Estatuto em matéria de Direito aplicável. Ele parece, de fato, instituir (ou reconhecer?), ao lado da hierarquia entre as fontes formais organizada pelo parágrafo 1º, uma hierarquia entre as normas que se impõem ao Tribunal. Em decorrência disso, certas regras se veem enfim conferidas (ou reconhecidas?) de uma superioridade intrínseca que é produto não se sua fonte, mas de seu objeto.

Nos termos desta disposição, com efeito, “a aplicação e interpretação do Direito, nos termos previstos pelo Estatuto deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”, o que quer dizer que estes vencem qualquer outra regra aplicável¹⁸². Se as intenções desta disposição são sem dúvida louváveis, isso não faz com que elas causem problemas jurídicos menos complexos.

Antes de tudo, se impõe o problema da definição e da identificação dos “direitos humanos internacionalmente reconhecidos”, cujas fontes formais e cujo conteúdo não são especificados pelo Estatuto, e que não correspondem tampouco a uma categoria jurídica consagrada. Cabe, portanto, ao TPI de formalizar esta definição, o que ele tem feito progressivamente e de maneira por vezes questionável¹⁸³.

Odongo, “The Magnificent Seven : Africa’s Response to US Article 98”, *African Human Rights Law Journal*, v. 7, 2007, pp. 1-34 ; A. Bogdan, “The United States and the International Criminal Court : Avoiding Jurisdiction Through Bilateral Agreements in Reliance on Article 98”, *International Criminal Law Review*, v. 8, 2008, pp. 1-54 ; R. O’Keefe, “‘Article 98’ Agreements, the Law of Treaties & the Law of State Responsibility”, in M. Szabó, *State Responsibility and the Law of Treaties*, La Haye, Eleven, 2010, pp. 35-54.

¹⁸¹ CPII, decisão de 19 de agosto de 1929, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Série A, n. 22, p. 12.

¹⁸² A menos que se interprete apenas o artigo 21 (3) como contendo uma regra de interpretação (cf. M. H. Arsanjani, “Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional) *AJIL*, v. 93, 1999, p. 18. Mas fazê-lo seria negligenciar o fato que o parágrafo 3º formula expressamente uma regra relativa não somente à interpretação, mas também à aplicação do Direito. Ver, porém, a posição da Câmara Preliminar I no caso *Lubanga*: “2. A Juíza Singular remete ao princípio geral de interpretação enunciado no artigo 21 (3) do Estatuto, segundo o qual ‘a aplicação e a interpretação do Direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos’” (maio de 2006, *décision relative au système définitif de divulgation et à l’établissement de l’échéancier*, Anexo I, par. 2).

¹⁸³ Sobre a identificação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, ver D. Sheppard, “The International Criminal Court and ‘Internationally Recognized Human rights’: Understand-

Em várias situações as Câmaras do Tribunal assinalaram que lhes cabia interpretar o artigo 21 (3) do Estatuto, seu escopo e seu alcance:

“O artigo 21 (3) precisa que o Direito aplicável em virtude do Estatuto deve ser interpretado e aplicado em conformidade aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Os direitos humanos fundamentam o Estatuto em todos os seus aspectos, notavelmente no exercício da competência do Tribunal. As disposições do Estatuto devem ser interpretadas, e sobretudo aplicadas, em conformidade com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos; no contexto do Estatuto, isto significa antes de tudo a conformidade ao direito ao devido processo legal, conceito vastamente verificado e aplicado que diz respeito aos procedimentos judiciais como um todo”¹⁸⁴.

E retiraram daí diversas consequências no que diz respeito a:

- o direito ao devido processo legal¹⁸⁵, incluindo se ele condiciona o indiciamento ou a interrupção do processo¹⁸⁶;
- o direito a um recurso efetivo, devendo-se poder “exercer plenamente tal direito, o qual ressaí, por evidente, dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos”¹⁸⁷;

ing Article 21(3) of the Rome Statute”, *International Criminal Law Review*, v. 10, 2010, pp. 52-54 e 63-71; para um apelo em favor de uma interpretação ampla da noção, ver Philippe Currat, “L’interprétation du Statut de Rome”, *RQDI*, v. 20, 2007, n. 1, p. 158.

¹⁸⁴ TPI, Chambre d’appel, 14 de dezembro de 2006, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Arrêt relatif à l’appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l’exception d’incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l’article 19-2-a du Statut, par. 37 ; ver também o par. 36 e, no mesmo processo, Chambre d’appel, 13 de julho de 2006, Arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d’obtenir l’examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d’interjeter appel, par. 6; ou TPI, Chambre de première instance I, 14 de março de 2012, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01-06, jugement, par. 602.

¹⁸⁵ TPI, Chambre d’appel, 14 de dezembro de 2006, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *ibid.*, par. 37; ver também TPI, Chambre d’appel, 12 de setembro de 2006, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Décision relative à la demande d’autorisation du Procureur de répondre aux conclusions de la Défense en réponse au mémoire d’appel du Procureur, opinion du Juge Pikis, par. 3-4.

¹⁸⁶ Se se tornasse impossível manter o devido processo legal em razão de violações aos direitos fundamentais do suspeito ou do acusado por seus acusadores, seria contraditório dizer que a pessoa foi levada à justiça. Com efeito, a justiça não seria feita (...) Se não se pode conduzir nenhum devido processo, a persecução judicial esvazia-se de seu objeto e deve-se por termo ao processo” (*ibid.* (sentença de 14 de dezembro de 2006), par. 37); ver também: TPI, Câmara Preliminar I, 15 de Agosto de 2012, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-212, *Decision on the « Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo (ICC02/11-01/11-129) »*, par. 89.

¹⁸⁷ TPI, Chambre de première instance II, 9 de junho de 2011, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3003, Décision sur une requête en amicus curiae et sur la « requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d’asile » (artigos 68 e 93-7 do Estatuto), par. 70; ver também o par. 73 e TPI, Chambre d’appel, 20 de janeiro de 2014, *Le Procureur c.*

– o “direito a um recurso e à reparação de que gozam as vítimas de violações flagrantes do Direito Internacional dos direitos humanos e de violações graves ao Direito Internacional humanitário”¹⁸⁸;

– a presunção de inocência¹⁸⁹, ou ainda;

– “os dois corolários do princípio da legalidade, a saber, o princípio de interpretação estrita e o princípio *in dubio pro reo*”¹⁹⁰;

– a interpretação da expressão “motivos razoáveis para crer”¹⁹¹ ou do termo “prejuízo”¹⁹², e mesmo;

– o direito a condições justas de trabalho, o direito ao descanso e o direito a uma vida privada e familiar” do qual devem gozar as equipes de defesa!¹⁹³

É certo que a inovação não é total. Em diversas ocasiões, o TPIY se assegurou da conformidade das regras que aplicava “com os instrumentos internacionalmente reconhecidos relativos aos direitos humanos”¹⁹⁴, tanto em relação ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 quanto da Convenção contra a Tortura de 1984, ou ainda da Convenção Europeia de 1950¹⁹⁵.

Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-3424, Décision relative à la recevabilité de l’appel interjeté contre la Décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus DRC-D02-P0236, DRC-D02-P0228 e DRC-D02-P0350, par. 27 e 30.

¹⁸⁸ TPI, Chambre de première instance I, 18 de janeiro de 2008, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Décision relative à la participation des victimes, par. 35.

¹⁸⁹ TPI, Chambre d’appel, 12 de junho de 2012, *Le Procureur c. Saïf Al-Islam Gaddafi et Abdullah AL-Semussi*, Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor, ICC-01/11-01/11-175, par. 24.

¹⁹⁰ *Le Procureur c. Germain Katanga*, *supra* nota 74, par. 50.

¹⁹¹ TPI, Câmara Preliminar III, 10 de junho de 2008, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-14, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d’un mandat d’arrêt à la l’encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, par. 24.

¹⁹² TPI, Câmara Preliminar I, 17 de janeiro de 2006, *Situation en République démocratique du Congo*, Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, par. 81.

¹⁹³ TPI, Câmara Preliminar I, 20 de dezembro de 2013, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-584, Requête urgente afin que soient suspendus les délais durant les vacances judiciaires, par. 31-33.

¹⁹⁴ *Tadic*, *supra* nota 136, par. 45 (sobre a garantia de um tribunal “constituído pela lei”). Para uma análise aprofundada, v. E. Lambert-Abdelgawad, “Les tribunaux pénaux pour l’ex-Yougoslavie e le Rwanda e l’appel aux sources du droit international des droits de l’homme” in M. Delmas-Marty, E. Fronza e E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *supra* nota 24, pp. 97-134; ver ainda S. Garibian, nota 141, pp. 329-340.

¹⁹⁵ Ver A. Cassese, “The Impact of the European Convention on Human Rights on the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, in *Protection of Human Rights: The European Perspective – Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 213-236 e “L’influence de la CEDH sur l’activité des Tribunaux pénaux internationaux” in A. Cassese e M. Delmas-Marty (dir.), *Juridictions nationales e crimes internationaux – Crimes internationaux e juridictions internationales*, Paris. P.U.F., 2002, pp. 143-182.

O TPI, que pode se apoiar numa habilitação mais sólida – e, portanto, cuja “margem de manobra é incontestavelmente menor”¹⁹⁶ – procede da mesma forma na tentativa de extrair os “direitos humanos internacionalmente reconhecidos” de instrumentos muito diversos, tanto universais quanto regionais:

- o Pacto de 1966 sobre os direitos civis e políticos¹⁹⁷;
- a Convenção dos direitos da criança¹⁹⁸;
- os “comentários, decisões ou julgamentos do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, *inter alia*”¹⁹⁹;
- as Convenções Europeia e Interamericana de Direitos Humanos e a jurisprudência das duas Cortes regionais²⁰⁰;
- a jurisprudência do Tribunal Especial para Serra Leoa²⁰¹, e mesmo;
- os princípios fundamentais e diretivas a respeito do direito a um recurso e à reparação das vítimas de violações flagrantes do Direito Internacional dos direitos humanos e de violações graves ao Direito Internacional humanitário²⁰², cujo uso o Juiz Blattmann criticou de forma bastante convincente²⁰³.

Como se afirmou, “ao passo que a intenção original por trás deste parágrafo pode ter sido de limitar os poderes do Tribunal na aplicação e interpretação do direito relevante, ele poderia ter o efeito oposto e alargar a competência do Tribunal para estes assuntos. Ele fornece um padrão pelo qual todo direito aplicado pelo Tribunal deveria ser testado. É uma linguagem de varredura que, como esboçado, poderia aplicar-se às três categorias do artigo 21”²⁰⁴. Se tal fosse o caso, nada impediria o Tribunal de se recusar a aplicar um elemento dos crimes, uma regra de procedimento ou de prova, e talvez mesmo uma disposição de seu Estatuto, se ele considerá-la contrária a um “direito humano internacionalmente reconhecido”. Vai-se claramente mais longe que o TPIY, o qual, no caso *Furundzija*, declarou que “o princípio geral de respeito da dignidade humana [é...] atualmente tão importante

¹⁹⁶ E. Lambert-Abdelgawad, *cit.* nota 199, p. 134.

¹⁹⁷ *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, *supra* nota 192, par. 24.

¹⁹⁸ TPI, Chambre de première instance I, 14 de março de 2012, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01-06, jugement, par. 602 e, no mesmo processo, 7 de agosto de 2012, décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparations, par. 211-212, 215 e 236.

¹⁹⁹ TPI, *Le Procureur c. Saif Al-Islam Gaddafi et Abdullah al-Senussi*, *supra* nota 194, par. 26.

²⁰⁰ TPI, *Situation en République démocratique du Congo*, Décision sur les demandes de participation à la procédure, *supra* nota 197, par. 116 ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, *supra* nota 196, par. 24 ; ver também, por exemplo: *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *supra* nota 189, par. 38 ou Câmara Preliminar II, 8 de janeiro de 2014, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.*, ICC-01/05-01/13, décision de remise en liberté, par. 2.1.

²⁰¹ TPI, Chambre de première instance I, decisão cit. nota 203 de 14 de março de 2012, par. 604.

²⁰² *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *supra* nota 193, par. 35.

²⁰³ “Esta fonte de Direito não é nem suficientemente convincente nem suficientemente determinante para que a Câmara a utilize ao decidir sobre as vítimas, e em particular sobre a definição das vítimas e da participação” (*ibid.*, opinião do Juiz Blattmann, par. 4).

²⁰⁴ M. Arsanjani, *cit.* nota 187, p. 29.

que impregna o Direito Internacional como um todo²⁰⁵. E se este raciocínio pode ser aceito em se tratando das disposições do RPP ou dos Elementos dos Crimes que sejam incompatíveis com um direito humano internacionalmente reconhecido – o que é improvável – ou que produziriam um tal resultado – o que é talvez menos inverossímil – ele não pode ser aceito em se tratando do Estatuto: “Constituição” do Tribunal, este último estabelece os limites de sua competência, a qual seria evidentemente extrapolada se ele rejeitasse a aplicação de certas disposições do Estatuto sob o pretexto de contrariedade a regras exteriores que ele deve aplicar justamente em virtude do Estatuto²⁰⁶.

Este quadro somente seria diferente se os “direitos humanos internacionalmente reconhecidos” em análise num dado processo tivesse o caráter de “normas imperativas de Direito Internacional geral” tal como definido pelo artigo 53 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.²⁰⁷ Donde se conclui que, não obstante o artigo 21 (3) do Estatuto incluir no “bloco” de “superlegalidade” não apenas os direitos fundamentais da pessoa humana – tradicionalmente citados como exemplos de regras imperativas²⁰⁸ – mas todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, apenas os direitos humanos resultantes do *jus cogens* poderiam ser considerados como tendo um “valor supraestatutário”.

Dentre estas normas imperativas, uma é individualizada e destacada como se fosse “superlegal”: o princípio de não discriminação. De fato, o artigo 21 (3) estabelece que “a aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, devem ser [...] sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.”

Sua inclusão no projeto de Estatuto de abril de 1998 como uma das opções selecionadas pelo Comitê Preparatório²⁰⁹ não impediu esta disposição de suscitar debates intensos, tanto sobre a questão da conveniência de se detalhar os motivos de discriminação quanto sobre a utilização do termo “gênero” ou “sexo”²¹⁰.

²⁰⁵ Chambre de première instance, 10 de dezembro de 1998, IT-95-17/1-T, par. 183.

²⁰⁶ Sobre esta problemática, ver J. Verhoeven, “Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, v. XXXIII, 2002, pp. 14-15.

²⁰⁷ “Para os fins da presente convenção, uma norma imperativa do Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo como uma norma à qual não se permite nenhuma derrogação e que somente pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional superveniente de mesmo caráter.”

²⁰⁸ Cf. CDI, Rapport sur les travaux de sa 18ème session, Anuário da C.D.I. (em francês) 1970, v. II, p. 270 ; ou CIJ, sentença de 5 de fevereiro de 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Rec.* 1970, p. 32.

²⁰⁹ A/CONF.183/2/Add.1, p. 47.

²¹⁰ Sobre estes debates, v. M. McAuliffe deGuzman, note 57, pp. 711-712. Correndo o risco de parecer um conservador atrasado, o autor do presente comentário considera este segundo debate perfeitamente fútil (tanto quanto o artigo 7 (3), aliás, ao qual o artigo 21 (3) remete e o qual dispõe: “Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo “gênero” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.”).

Certamente adotadas com as melhores intenções do mundo, estas disposições correm o risco de ter efeitos perversos. Principalmente uma vez que, a despeito de seu tamanho excessivo, a enumeração das discriminações proibidas não é completa; falta notavelmente aquela fundada sobre as preferências sexuais, em nada obstando o fato de que, no domínio da competência do Tribunal, o sinistro precedente da exterminação dos homossexuais em campos nazistas indica que tal discriminação resta um motivo de preocupação bastante palpável. Por sua vez, a menção às opiniões políticas ou outras poderiam ser tomadas como pretexto para justificar práticas negacionistas ou revisionistas. Uma redação mais sóbria poderia ter evitado estas armadilhas²¹¹.

Fato é que o artigo 21 do Estatuto silencia sobre o *jus cogens*. Este silêncio não deve ser interpretado como uma vedação ao Tribunal de se valer da noção, caso necessário. Ela o fez em pelo menos duas ocasiões:

– no processo de Germain Katanga, a Câmara de Julgamento II entendeu que ela deveria adiar provisoriamente a aplicação da obrigação de transferência de testemunhas detidas prevista pelo artigo 93, parágrafo 7º, b, do Estatuto²¹²; nos termos da explicação oferecida *ex poste* por aquela mesma Câmara:

“29. [...] Ao fazê-lo, ela também vislumbrou implicitamente a possibilidade de não aplicar o conjunto de obrigações enunciadas pelo artigo supracitado em caso de deferimento do pedido de asilo formulado pelas testemunhas aos Países Baixos. Se este fosse o caso, excepcionalmente, a Câmara faria prevalecer sobre o Estatuto os direitos humanos excepcionalmente reconhecidos, nos termos do artigo 21 (3), e assim como estes fossem aplicados pelo Juiz de asilo neerlandês. 30. Resta, portanto, que, na Decisão de 9 de junho de 2011, estavam em jogo dois fatores determinantes: o risco de uma violação imediata de uma norma fundamental do direito costumeiro cujo caráter imperativo tende a ser progressivamente reconhecido pelos Estados e que não pode ser derogada (*jus cogens*)²¹³ e a

²¹¹ Para um exemplo de aplicação do princípio de não discriminação consagrado pelo artigo 21 (3) do Estatuto, ver a Emenda à Decisão relativa à Autorização de Abertura de uma Investigação no contexto da Situação na República da Costa do Marfim Proferida em Aplicação do Artigo 15 do Estatuto de Roma, adotada em 3 de outubro de 2011 (*Situação na República da Costa do Marfim*) pela Câmara Preliminar III, solicitando ao “Secretário que prestasse uma atenção particular às necessidades de todos os grupos de vítimas que pudessem se ver sub-representadas [entre os grupos que tivessem formado uma representação],

²¹² TPI, Chambre de première instance II, 9 de junho de 2011, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Décision sur une requête en *amicus curiae* et sur la « requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (artigos 68 e 93 (7) du Statut), pars. 62-64 e 67-74.

²¹³ Nota 57: Ver, a este respeito, as notas de rodapé 35 e 36 da Opinião Consultiva do Alto-Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, citada na nota de pé de página 118 da Decisão de 9 de junho de 2011; ver também, Organização dos Estados Americanos, Declaração de Cartagena; na sobre os Refugiados, 22 de novembro de 1984, OAS/Ser.L./V/II.66, doc. 10, rev. 1, págs. 190-19; Alto-Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, Conclusão do Comitê Executivo n. 25 (XXXIII), “General Conclusion on International Protection”, 20 de outubro de 1982, par. (b); Alto-Comissariado nas Nações Unidas para Refugiados, Conclusão do Comitê Executivo n. 79 (XLVII), “General Conclusion on International Protection” (1996), par. (i); Jean Allain, “The *Jus Cogens* nature

impossibilidade de se aplicar o Estatuto em conformidade a esta norma. Em outros termos, a única maneira de se respeitar a norma imperativa de não repulsão era suspendendo-se temporariamente o artigo 93 (7) do Estatuto e deixando-se de aplicá-la em caso de deferimento do pedido de asilo”²¹⁴.

– na Decisão de 18 de junho de 2013, a Câmara de Julgamento V (A) adotou o argumento improvável a seguir, onde opõe democracia e luta contra a impunidade:

“Talvez uma demonstração contundente deste ponto se verifique no fenômeno jurídico geral de que o direito de ir vir de um cidadão nunca poderá eximi-lo de uma sentença de prisão decorrente de condenação penal. O mesmo fenômeno legal permite a coexistência entre a incidência da democracia e a incidência do devido inquérito em questões de responsabilidade penal de um oficial eleito que é acusado de violar normas de Direito Penal internacional, particularmente se a acusação se der em atendimento ao disposto no Estatuto de Roma. Para além desta observação, a influência primordial do *jus cogens* também deve ser considerada. Trata-se de normas de Direito Internacional que devem operar sem embargo da incidência de outras normas de Direito Internacional que não têm a mesma estatura do *jus cogens*. É consenso geral que a interdição de crimes contra a humanidade tem o nível de norma de *jus cogens*, ao passo que a democracia como norma jurídica internacional não goza ainda, pelo que se sabe, desde *status*. Portanto, no caso de qualquer conflito verificado entre duas normas, as considerações sobre a democracia devem ceder à necessidade de conduzir uma investigação adequada a respeito da responsabilidade penal de um oficial eleito por crimes contra a humanidade. Caso não fosse assim, a maioria de uma dada *polis* poderia levantar a democracia como um argumento válido contra a investigação devida de alegações de genocídio ou exterminação cometidos contra um grupo minoritário social ou politicamente inconveniente”²¹⁵.

O TPIY, por sua vez, não hesitou em recorrer ao *jus cogens* de maneira particularmente clara no caso *Furundzja*, no qual considerou não apenas que a “interdição da tortura impõe a todos os Estados obrigações *erga omnes*”²¹⁶, mas ainda que “em razão da importância dos valores que protege, este princípio tornou-se uma norma imperativa, ou de *jus cogens*, isto é, uma norma que se situa na hierarquia internacional em um nível mais alto que o Direito convencional e mesmo que as regras de direito costumeiro ‘ordinário’”²¹⁷, donde concluiu que “os indivíduos são obrigados a respeitar o princípio de interdição da tortura mesmo que as instâncias legislativas ou judiciárias nacionais autorizem a violação deste”, e que o princípio da jurisdição universal se aplica aí²¹⁸. Da mesma forma, no caso *Kupreskic*, aquele

of non-refoulement, 13(4) *International Journal of Refugee Law* (2002), pp. 533-558”.

²¹⁴ V. *supra*, cit. nota 168, par. 29-30.

²¹⁵ TPI, Chambre de première instance V(A), 18 de junho de 2013, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, par. 90.

²¹⁶ V. *supra*, nota 114, par. 151.

²¹⁷ *Ibid.*, par. 153. V. também *Zdravko Tolimir*, *supra* nota 115, par. 733.

²¹⁸ *Ibid.*, par. 155 e 156.

Tribunal afirmou que a maioria das normas do Direito Internacional humanitário, e notavelmente aquelas que proíbem crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, são normas imperativas do Direito Internacional, ou *jus cogens*, ou seja, que elas são imperiosas e que não se pode derogá-las²¹⁹.

É possível, porém, indagar-se sobre o que estas considerações têm consequências concretas: exceto se pensarmos que outros tratados além do Estatuto pudessem limitar ou alargar a competência do Tribunal – o que, realmente, a jurisprudência do TPIY poderia levar a crer – ou quando algumas disposições do Estatuto forem em si contrárias a uma norma imperativa – o que certamente não é o caso nos dias de hoje –, apenas em uma hipótese muito marginal poder-se-ia pensar que a aplicação do Estatuto conduzisse a um resultado incompatível com o *jus cogens*. Segundo a Câmara de Julgamento II, tal foi a situação que se apresentou quando a transferência de certas testemunhas detidas ameaçou violar o direito destas – qualificado de imperativo – de requerer asilo aos Países Baixos, o que levou a Câmara a suspender a aplicação de uma disposição estatutária²²⁰. A solução do caso foi, sem dúvida, controversa, mas o princípio que a embaixa deve ser aprovado.

*

* *

O artigo 21 do Estatuto não é desprovido de mérito: a hierarquia de fontes de Direito aplicável pelo Tribunal que ele se esforça em estabelecer deveria guiar os Juizes pelo entrelaçamento destas fontes – o que o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não faz – e inclui precisões úteis, sobretudo a respeito da definição de princípios gerais de Direito, ao diferenciá-los claramente dos princípios do Direito Internacional. Além disso, ele afirma legitimamente a superioridade do Estatuto. Por outro lado, a combinação desta hierarquia formal com outra, material, causa espanto; a última aparece antes como um exercício para tranquilizar a consciência dos autores do Estatuto e, até o presente momento, teve apenas um impacto concreto limitado na execução do Direito aplicável.

Ademais, aqui, como anteriormente, o Estatuto é marcado pela precipitação e por compromissos nefastos para sua credibilidade, que macularam sua redação. Certas das fórmulas finalmente adotadas são tecnicamente criticáveis, e mesmo incoerentes. Outras são inúteis.

Mas o mais grave diz respeito ao fundo do direito enunciado no Estatuto: demasiadamente detalhado, ele corre o risco de engessar evoluções necessárias e talvez mesmo de inserir no direito positivo normas retrógradas²²¹. Não há dúvida que o Estatuto toma o cuidado de precisar que as definições que fornece a respeito dos

²¹⁹ Ver *supra*, cit. nota 32, par. 520, e nota 169, par. 43. Não é evidente que “maioria das normas de Direito Internacional humanitário ... são normas imperativas de Direito Internacional”, mas algumas o são sem nenhuma dúvida.

²²⁰ No caso, o artigo 9º, par. 7 (b).

²²¹ Ver A. Cassese, nota 31, par. 7 (b).

crimes para os quais o Tribunal é competente são “para fins do presente Estatuto”²²² e os artigos 10, 22 (3) e 80 permitem que subsistam possibilidades de evolução externas ao Tribunal:

“Artigo 10

Nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de Direito Internacional com fins distintos dos do presente Estatuto.”

“Artigo 22 (3)

O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do Direito Internacional, independentemente do presente Estatuto.”

“Artigo 80

Nada no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo.”

Portanto, o Estatuto em si parece postular a existência futura de dois possíveis regimes ou corpos de Direito Internacional Penal, um estabelecido pelo Estatuto e outro construído em Direito Internacional penal geral²²³. Neste espírito, pode-se observar que, no julgamento *Kupreskic* de 14 de janeiro de 2000, uma Câmara de Julgamento do TPIY constatou que o artigo 7º (1)(h) do Estatuto, relativo à perseguição como crime contra a humanidade “não é conforme ao Direito Internacional costumeiro”²²⁴.

Ainda assim, trata-se apenas de um mal menor. O verdadeiro perigo reside menos na possível coexistência de dois corpos de normas concorrentes²²⁵ e divergentes que no risco de “nivelamento por baixo” que levaria o Direito Internacional Penal costumeiro ou em via de formação a se retrair ou a se prender ao texto do Estatuto, o qual, em certos pontos, é retrógrado em relação ao direito até então em vigor.

Não teria sido muito grave se tivesse sido oferecida ao Direito aplicável, e antes de tudo ao próprio Estatuto, uma flexibilidade que teria permitido esperar ajustes rápidos em função das necessidades da sociedade internacional e da tomada de consciência crescente das solidariedades transfronteiriças. Infelizmente, não é este o caso: a rigidez das regras relativas às modificações ou à revisão do Estatuto²²⁶ é tal que qualquer evolução é, na prática, vedada; quanto à adaptação das regras pela jurisprudência, esta possibilidade corre o risco de se ver singularmente contrariada pelo abuso de precisão das regras estatutárias e da desconfiança dos redatores do Estatuto para com os Juízes.

²²² Cf. artigos 6º, 7º ou 8º (2).

²²³ A. Cassese, cit. nota 31, p. 157; grifado no texto original. [citado em inglês no artigo original].

²²⁴ Ver *supra*, nota 32.

²²⁵ E mesmo três, contando-se os direitos domésticos.

²²⁶ Ver capítulo 3, *supra*.

Em uma versão precedente deste comentário, escrevi: “ponto máximo do desenvolvimento rápido e entusiasmante do Direito Internacional Penal, ele pode também ser o canto derradeiro deste ramo, e a causa de sua estagnação, senão de seu declínio”²²⁷. Para meu grande pesar, tenho a impressão de que as práticas do TPI desde sua criação não desmentiram esta predição sombria.

²²⁷ Ver A. Pellet, cit. nota 8, p. 1084.