

A APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: A METODOLOGIA JURÍDICA APLICADA PELOS JUÍZES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

JUDICIAL APPLICATION OF LAW: THE LEGAL METHODOLOGY APPLIED BY JUDGES OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Maria João Carapêto

Universidade Nova de Lisboa (Lisboa, Portugal)

Recebimento: 31 ago. 2019

Aceitação: 6 jan. 2020

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

CARAPÊTO, Maria João. A aplicação judicial do direito: a metodologia jurídica aplicada pelos juízes do Tribunal Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 3, p. 31-53, set./dez. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68881>>. Acesso em: 11 mar. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i3.68881>.

RESUMO

O presente artigo ocupa-se da tarefa de compreender a análise das operações metodológicas impostas aos juízes do Tribunal Penal Internacional, que funcionam muitas vezes como “normas-travão” à discricionariedade e ao casuísmo. Porque se trata de um tribunal criado por tratado que constitui uma organização internacional, as problemáticas tradicionais exigem alguma reflexão adicional para a compreensão do modo como opera a metodologia aplicada por estes juízes. Usando como ponto de partida as seis operações metodológicas, identificadas pelo Professor Doutor José Lamago, autor português de referência na metodologia jurídica, refletir-se-á sobre algumas das problemáticas decorrentes do processo decisório, nomeadamente a operacionalização do princípio da separação de poderes, o princípio da legalidade e o modo como os juízes aplicam o direito, recorrendo à doutrina penal internacional e às decisões do Tribunal.

PALAVRAS-CHAVE

Tribunal Penal Internacional. Metodologia do direito. Estatuto de Roma.

ABSTRACT

This article deals with the task of understanding the analysis of the methodological operations imposed on the judges of the International Criminal Court, which often function as “brake standards” for discretion and casuism. Because it is a treaty-based court that is an international organization, the traditional issues require some additional thought to understand how the methodology applied by these judges operates. Using as a starting point the six methodological operations, identified by Professor José Lamago, a Portuguese reference author in legal methodology, it will reflect on some of the issues arising from the decision-making process, namely the operationalization of the principle of separation of powers, the principle of legality and the manner in which judges apply the law, making use of international criminal doctrine and the Court’s decisions.

KEYWORDS

International Criminal Court. Legal methodology. Rome Statute.

INTRODUÇÃO

As questões relacionadas com a metodologia jurídica, nomeadamente a aplicação judicial do direito, têm sido abordadas a partir da perspectiva do direito interno e voltadas para as tradicionais perspectivas dogmáticas e teóricas, mormente correntes como a teoria clássica ou a teoria realista. Contudo, ao longo dos últimos anos o direito tem vindo a ser confrontado com “a proliferação de tribunais internacionais”, a uma progressiva internacionalização da justiça e à existência de uma dimensão jurídica que difere dos ordenamentos jurídicos internos, quer pela sua formulação, quer pelos seus efeitos (ALFORD, 2000, p. 161; ALTER, 2014, p. xvi). Ao mesmo tempo, estas novas jurisdições levantam desafios aos paradigmas tradicionais da metodologia jurídica, nomeadamente, a operacionalização do princípio da separação de poderes, o princípio da legalidade e o modo como os juízes aplicam o direito.

A abordagem que agora se traz procura aprofundar as problemáticas desses paradigmas, partindo da análise detalhada ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI)¹ e aprofundando as matérias que afloram das suas disposições, no que concerne ao processo decisório dos juízes. Porque se trata de um tribunal criado por tratado que constitui uma organização internacional, as problemáticas tradicionais exigem alguma reflexão adicional para compreender como opera a metodologia aplicada pelos juízes do TPI. O tratado constitutivo, fonte maior do direito aplicável pelo Tribunal, revela particularidades específicas que resultam da sua dimensão internacional e penal, em simultâneo, e que se traduzem em aplicações do direito distintas das que são feitas no direito interno.

A partir destas premissas, o presente trabalho ocupar-se-á da tarefa de compreender em que medida o Estatuto de Roma procurou evitar as interpretações latas e as acusações de ativismo judicial de que foram alvo os seus antecessores (os tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda), mediante a análise das operações metodológicas impostas aos juízes, que funcionam muitas vezes como “normas-travão” à discricionariedade e ao casuísmo e contribuem para o reforço da legitimidade do Tribunal.

¹ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado em 17 de julho de 1998 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Cf. PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria-Geral da República. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Texto original feito em Roma, aos 17 dias do mês de julho de 1998. Disponível em: <https://bit.ly/2R4h8oL>. Acesso em: 13 set. 2017.

1 METODOLOGIA JURÍDICA E APLICAÇÃO DO DIREITO

A metodologia jurídica é caracterizada enquanto doutrina de aplicação prática do direito (LAMEGO, 2016, p. 7), tendo como objetivo a determinação do conteúdo da proposição jurídica para saber que casos jurídicos lhe podem ser submetidos, e que tem objetivo reduzir a indeterminabilidade do direito perante a necessidade de uma solução para os casos individuais (FRANCESCO, 1963, p. 8; LAMEGO, 2016, p. 7; LARENZ, 1997, p. 308). Diante de tal caracterização resulta o problema nuclear da metodologia: a divisão de competências entre o legislador, enquanto entidade que cria o direito, e o juiz, enquanto aplicador, problema que resulta da qualificação do direito como “parcialmente indeterminado e incompleto” (LAMEGO, 2016, p. 7). Perante tal núcleo do problema, retiram-se o princípio da separação de poderes e o princípio de vinculação do juiz à lei.

A partir desses princípios são desenvolvidos os diferentes modelos de aplicação do direito e que traduzem ideais jurídicos conflitantes e perspectivas distintas sobre a repartição de competências entre o poder legislativo e a função jurisdicional (LAMEGO, 2016, p. 155). Desses modelos identificam-se duas grandes orientações. A primeira, de caráter legalista e formalista, afirma o império da lei, enquanto forma de assegurar a certeza na aplicação do direito, no estrito cumprimento do princípio da legalidade e como forma de garantir o princípio da vinculação do juiz à lei, por meio de métodos formais-dedutivos para aplicação do direito. A segunda caracteriza-se por uma cultura de compreensão material axiológica, em que existe o objetivo da realização dos valores substantivos do direito e que está orientada para a justiça material na resolução dos casos, ou seja, mediante critérios que levem a uma decisão justa (LAMEGO, 2016, p. 176).

Ainda que as orientações possam assim ser perspectivadas, a metodologia utilizada na aplicação do direito estará sempre sujeita ao quadro constitucional vigente e que enforma os princípios basilares do Estado de direito: a separação de poderes, a vinculação do juiz à lei, a independência dos tribunais e as garantias políticas da independência dos tribunais (nomeadamente as normas que a consagram). Assim sendo, as convicções do juiz na tomada de decisão estão sujeitas à lei e tornam-no “o executor e não o criador da lei” (FRANCESCO, 1963, p. 112).

Perante a caracterização das orientações metodológicas descritas importa perceber como é que os juízes do Tribunal Penal Internacional (TPI) aplicam o direito. Com efeito, ao contrário do que acontece no direito interno, em que os tribunais constituem uma extensão da soberania dos Estados e aplicam o direito de acordo com os seus sistemas jurídicos, o TPI, enquanto organização internacional, tem no tratado constitutivo o corpo normativo que define a sua própria metodologia de aplicação do direito.

2 A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL E AS PROBLEMÁTICAS DA METODOLOGIA APLICÁVEL: O LEGISLADOR E AS FONTES

Criado pelo Estatuto de Roma (ER) em 1998, o TPI entrou em funcionamento, em 2002, com a competência para julgar o crime de genocídio (art. 5º n° 1 *a* do ER), crimes contra a humanidade (art. 5º n° 1 *b*), crimes de guerra (Art. 5º n° 1 *c*) e o crime de agressão (Art. 5º n° 1 *d*)². Em resposta às críticas apontadas aos tribunais *ad hoc* para o Ruanda e para a ex-Jugoslávia, o ER procurou superá-las mediante um esforço de positivação, em defesa do princípio da legalidade e com vista a evitar as ambiguidades no processo interpretativo. O desenvolvimento do respeito pelo princípio da legalidade, desde os julgamentos de Nuremberga, refletiu-se na jurisprudência dos tribunais *ad hoc* e dela se conclui que o avanço da argumentação incidiu sobre dois aspetos fundamentais: a positivação das normas do direito internacional costumeiro e, simultaneamente, a positivação de tais normas nos estatutos com vista a garantir a conformidade com o princípio da legalidade, na sua interpretação e aplicação. O Estatuto de Roma vem refletir esse desenvolvimento e, ao mesmo tempo, contribuiu para o reforço da legitimidade do TPI (LIND, 2016). A negociação do ER é contemporânea ao período de maturidade do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, momento em que foi desenvolvida jurisprudência relevante quanto à necessidade de consagração de normas claras e precisas que não permitissem a ambiguidade no processo interpretativo, e que refletissem a proteção dos princípios gerais do processo penal (KARNAVAS, 2011, p. 1.058). O reflexo de tal necessidade traduziu-se na consagração de normas de elevado rigor técnico, quer no próprio Estatuto, quer nas Regras de Procedimento e de Prova e nos Elementos dos Crimes, instrumentos auxiliares de interpretação do ER.

A existência de um tribunal com as características do TPI desperta, desde logo, a alteração de um paradigma de aplicação da justiça: trata-se de um tribunal criado por tratado, por meio do qual resulta a vinculação dos Estados-Partes e a cedência do seu *ius puniendi*, em nome de uma justiça de carácter negociado (CASSESE, 2001, p. 430; CHERIF BASSIOUNI, 1999, p. 604; SWART, 2002, p. 577). Tal mudança levanta questões relevantes em matéria de aplicação do direito, atendendo a que princípios basilares do direito interno, como o princípio da separação de poderes e a vinculação do juiz à lei, sofram uma mutação que importa discutir, nomeadamente como opera a separação de

² O Estatuto de Roma consagrou *ab initio* o crime de agressão, o que assegurava uma competência formal em matéria de atribuições. Contudo, a densificação do crime de agressão só veio a acontecer na 16ª Assembleia de Estados-Parte, que decorreu entre 4 e 14 de dezembro de 2017. A Assembleia reconheceu o significado histórico da decisão consensual da Conferência de Revisão de Kampala e estabeleceu a jurisdição do Tribunal para o crime a partir de 17 de julho de 2018.

poderes entre o Poder Legislativo e o Poder Judicial, quando as normas que este último aplica são criadas por uma Assembleia de Estados e, por outro lado, definir o que é a lei no direito internacional.

O princípio da separação de poderes, entendido enquanto divisão orgânica de funções do Estado, define, no âmbito de cada sistema jurídico, a atribuição do exercício do Poder Legislativo e do Poder Jurisdicional (MIRANDA, 2014, p. 82; MORAIS, 2015, p. 53). Este entendimento direciona para a organização do princípio voltada para o Estado, no exercício da sua soberania. No âmbito do direito internacional, a distribuição de competências entre quem cria o direito e quem o aplica opera de forma distinta e, no caso do TPI, a figura do legislador materializa-se no conjunto dos 120 Estados que votaram, favoravelmente, a aprovação do ER em 17 de julho de 1998 e, ao mesmo tempo, na Assembleia de Estados-Partes que pode aprovar alterações ao Estatuto (art. 121º nº 1). Por outro lado, o mesmo tratado constitutivo, que resulta da vontade dos Estados, regula em pleno o exercício do Poder Jurisdicional, desde o seu funcionamento, ao modo como os casos são investigados e decididos e como as sentenças são executadas.

Em sentido técnico, o TPI é uma organização internacional que resulta de uma associação de Estados-Partes e cujo tratado concluído entre eles constitui o seu instrumento de criação (BAPTISTA, 2004, p. 298; BASSIOUNI, 2012, p. 19), pelo que se poderá discutir o eventual carácter constitucional do tratado constitutivo (MOTA DE CAMPOS *et al.*, 1999, p. 57) e que no âmbito da problemática da separação de poderes assume especial relevância. Em Portugal, a doutrina internacionalista divide-se entre a caracterização daquele instrumento como uma constituição, facto que decorre da sua construção técnica, porque enuncia os grandes objetivos, finalidades e missões da organização, bem como define as competências necessárias para os atingir e define os órgãos que têm a competência para exprimir a vontade da organização (GONÇALVES PEREIRA *et al.*, 2009, p. 413; MOTA DE CAMPOS *et al.*, 1999, p. 53). Em sentido contrário, doutrina que aqui se acolhe, afirma-se que o tratado constitutivo nunca deixa de ser um tratado e as constituições constituem atos unilaterais, dotadas de um regime jurídico próprio e ligadas à ideia de Estado e ao exercício do poder soberano (BAPTISTA, 2004, p. 302). Acresce ainda, que o ato constitutivo representa o quadro jurídico de referência das normas e cuja validade decorre do princípio *pacta sunt servanda* (ALTER, 2014, p. xvi; ZOLO, 1998, p. 9).

Embora se recuse o carácter constitucional do ato constitutivo do Tribunal, o Tratado definiu e traçou a independência necessária ao exercício das funções judiciais. O art. 4º nº 1 do ER consagra a personalidade jurídica autónoma e a capacidade legal para o exercício das suas funções e o cumprimento dos seus objetivos. A Assembleia de Estados-Partes, enquanto garante da independência judicial do Tribunal, é dotada de poderes essenciais à realização de funções que o

“Tribunal não poderia, por sua própria natureza ter que lidar” (VILLACIS, 2016, p. 1.565) e que resultam da caracterização do TPI como organização internacional; nomeadamente, o poder de adotar acordos e normas secundárias (art. 112º nº 2 b) como os Elementos dos Crimes e as Regras de Procedimento e de Prova.

Aqui chegados, importa sublinhar então, a existência de dois legisladores do ER: os Estados-Partes que o aprovaram e a Assembleia-Geral, composta por esses mesmos Estados, que adquiriram o direito de a integrar e onde impera o princípio da igualdade (o que significa que nenhum Estado tem direito de veto). Do mesmo modo, a existência desta bifurcação do Poder Legislativo é refletida na definição do exercício do Poder Jurisdicional porque o Tratado, e normas secundárias, resultam da negociação entre os Estados, e o direito a aplicar pelos juízes do TPI resultam dessa mesma vontade.

O conceito de fonte de direito de Norberto Bobbio remete para os factos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas. No direito internacional tal definição formal de fonte, enquanto modo de formação de normas jurídicas é acolhida, não obstante a existência de correntes doutrinárias defensoras do modo de revelação e não de criação do direito, mediante a positivação de normas pré-existentes noutras ordens jurídicas, como o direito natural (CORREIA BAPTISTA, 1998, p. 80). Como referem Eduardo Correia Baptista (1998, p. 80), Gonçalves Pereira *et al.* (2009, p. 152) e Bassiouni (2012, p. 4), o art. 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (ETIJ) é de referência obrigatória nos estudos sobre as fontes do direito internacional e nele está contemplado o direito que o TIJ deve aplicar: as convenções internacionais (a), o costume internacional (b), os princípios gerais de direito e, por fim, (c) a *opinion iuris*, de aplicação subsidiária para determinação das regras de direito³. Admite-se então, a prevalência do Tratado e do costume enquanto fontes tradicionalmente utilizadas, sendo que a primeira continua a ser a mais importante fonte de direito internacional, enquanto ato voluntário *ex consensu advenit vinculum*.

Quanto ao ER, tratando-se de um instrumento de carácter negociado, dificilmente o quadro legal que prevê poderia ser comparável ao dos sistemas internos dos Estados. Ainda assim, constata-se o esforço tido na negociação e elaboração de tal instrumento, com vista à superação das críticas de violação ao princípio da legalidade que caracterizaram a aplicação do direito penal internacional de até então (LIND, 2016). Na consagração de uma orientação formalista-legalista do direito, em que é

³ Neste sentido, também a decisão do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia no caso Procurador v. Kupreškić *et al.*, de 14 de janeiro de 2000, que afirma que o artigo 38º é um provisão que enumera as fontes bem estabelecidas do direito internacional.

notória a consagração do princípio da legalidade, o ER procura limitar a amplitude interpretativa por meio de um elenco de “normas-travão” ao exercício da discricionariedade, ao prever, por exemplo, regras precisas e objetivas e ao definir as suas próprias normas para auxílio de interpretação, com o objetivo de reduzir a ambiguidade e o recurso aos critérios supralegais de decisão.

3 A METODOLOGIA DE APLICAÇÃO DO DIREITO PELOS JUÍZES DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Para compreender o método de aplicação do direito pelos juízes, importa identificar as operações metodológicas que lhe subjazem, partindo da repartição das competências institucionais entre o legislador e o juiz. Para a construção da decisão judicial, Ferrara (1963, p. 112) identifica três operações: 1) a averiguação do estado de facto que é objeto da controvérsia, 2) a determinação da norma jurídica aplicável e 3) a pronúncia do resultado jurídico que deriva da subsunção do estado de facto, aos princípios jurídicos. Por sua vez, José Lamego (2016, p. 157) divide as operações fundamentais para a construção da decisão em seis passos: 1) a seleção das disposições jurídicas, 2) a atribuição de significado a essas disposições, 3) a determinação e qualificação dos factos, 4) a comprovação dos factos, 5) a determinação das consequências jurídicas e, por fim, 6) a apresentação dos considerandos em que assenta a decisão nos aspetos de facto e de direito. Atendendo às especificidades que a aplicação do direito pelo TPI representa, entende-se ser esta a linha de orientação que melhor se adequa à esta análise, atendendo a que permite identificar com maior abrangência cada uma das problemáticas metodológicas que derivam de cada uma das operações e alargar a profundidade da discussão.

3.1 A SELEÇÃO DAS DISPOSIÇÕES JURÍDICAS

As problemáticas específicas da aplicação do direito internacional iniciam-se com a seleção das disposições jurídicas perante as obrigações básicas dos juízes: a obrigação de decidir todos os litígios que lhes são submetidos (proibição de *non liquet*), a obrigação de julgar de acordo com o direito vigente e a obrigação de fundamentação.

Da obrigação de julgar com o direito vigente resulta o princípio da legalidade na administração da justiça pelo que, é dele que importa retirar quais as fontes do direito aplicável, seguindo dois critérios para a seleção das disposições jurídicas aplicáveis: que o caso individual seja uma instância do caso genérico descrito na disposição (pressupondo as operações de interpretação e qualificação dos factos) e que a norma a aplicar seja válida (LAMEGO, 2016, p. 158).

A transposição de tais critérios para a seleção das disposições jurídicas, no âmbito do corpo de normas do ER, remete para o elenco hierarquizado que o Tribunal deve aplicar na apreciação dos casos. Beneficiando-se do desenvolvimento jurisprudencial dos tribunais que o antecederam, o ER do TPI veio consagrar disposições inovadoras em resposta à discricionariedade e desrespeito pelo princípio da legalidade. O artigo 21º do ER é precisamente uma dessas disposições: o Estatuto define exatamente qual o direito a aplicar pelos juízes, ao definir o seu próprio quadro de fontes enquanto forma de promover, metodologicamente, o princípio da legalidade. Com efeito, a positivação de uma norma que define a hierarquia do direito aplicável consiste num esforço de procura da estabilidade e coerência dessa aplicação, procurando evitar a vaguidade que caracterizou os estatutos dos tribunais penais anteriores e que na altura abriu caminho ao exercício de uma elevada discricionariedade pelos juízes na aplicação da lei (SCHABAS, 2009).

Assim, nos termos do art. 21º nº 1 alínea *a* do ER o Tribunal deverá aplicar o Estatuto, os Elementos Constitutivos dos Crimes e o Regulamento Processual. De seguida, os tratados, princípios e normas do direito internacional, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos (alínea *b*). Na ausência destes, os princípios gerais de direito interno dos principais sistemas jurídicos e, se for o caso, o direito interno normalmente competente para julgar o crime, desde que não seja incompatível com o Tratado, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos (alínea *c*). Nos termos do nº 2, o Tribunal pode aplicar os princípios e normas que tenham sido interpretados numa decisão anterior. Por fim, nos termos do nº 3, define que a interpretação do direito aplicável deve ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Esta previsão é uma novidade em matéria de elenco de fontes e que se coaduna com o espírito de um tribunal cuja principal missão é combater as ofensas aos direitos humanos e à proteção das vítimas (IRVING, 2019). A previsão já foi aplicada e tem respaldo nas decisões do Tribunal:

O Estatuto salvaguarda os direitos do acusado, assim como os do indivíduo sob interrogatório e da pessoa acusada. Estes direitos estão consagrados nos artigos 55 e 67 do Estatuto. Mais importante, o artigo 21 (3) do Estatuto torna a interpretação e a aplicação do direito aplicável sujeitas aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Isso demanda que o exercício da jurisdição do Tribunal deve ser feito de acordo as normas dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos⁴.

A construção técnica dessa norma define duas dimensões que importam aprofundar na limitação da seleção do direito aplicável: a hierarquia de fontes que o ER prevê, em que o Estatuto,

⁴ Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006, ICC-01/04-01/06-772, Appeals Chamber, 14 December 2006, para. 37.

os Elementos dos Crimes e as Regras Processuais se encontram numa posição de primazia sobre as restantes fontes e, por outro lado, a aceitação de princípios estruturantes do direito, desde que não sejam incompatíveis com o tratado nem com as normas de direito internacional. Relativamente à hierarquia de fontes, o Estatuto, enquanto corpo legal de regras será aplicado em primeiro lugar, as regras de procedimento estão-lhe subordinadas e os elementos constitutivos dos crimes servem de auxílio à interpretação (artigo 9º), naquilo que a doutrina designa de um “princípio de consistência obrigatório” (GALLANT, 2013; IRVING, 2019; VASILIEV, 2009; ZEEGERS, 2016). Esta consagração formal de uma hierarquia encabeçada pelo Tratado reflete o pendor legalista-formalista que caracteriza o ER e que, entende-se, não poderia ter orientação distinta e que resulta, desde logo, do facto de o ER ser, simultaneamente, um tratado, um código penal e um código de processo penal. O ER é um tratado constitutivo de uma organização internacional que se materializa na criação de um tribunal que se caracteriza pela independência e autonomia no exercício das suas funções, em relação ao seu legislador, nos termos já discutidos. A existência dessa hierarquia, encabeçada pela norma fundamental que é o ER, reflete aquilo que Joseph Raz (2009, p. 40) define como “cadeia de validade”, atendendo a que todas as normas e princípios a aplicar pelo Tribunal dependerão do Estatuto, expressão de uma autoridade que lhe foi conferida pelos Estados. O ER e instrumentos adicionais constituem então, as fontes de direito a que os juízes deverão recorrer em primeiro lugar, pelo que só perante a existência de lacunas no texto do Estatuto é possível recorrer às restantes fontes elencadas no art. 21º, remetendo-as para um carácter subsidiário. Entendimento esse, que tem sido reafirmado nas decisões do Tribunal; por exemplo, na situação relativa à República Democrática do Congo, a Câmara de Pré-Julgamento considerou que as regras processuais são um instrumento subordinado ao Estatuto e que as suas normas não podem ser interpretadas de modo a reduzir o escopo de um artigo do Estatuto⁵.

A previsão de um elenco de fontes de direito aplicável com estas características, marcada por uma hierarquia rígida, constitui expressão da vontade do legislador, neste caso dos Estados que negociaram o Tratado, ao restringir a escolha do direito aplicável de forma a reduzir a margem de livre apreciação dos juízes e, ao mesmo tempo, a discricionariedade judicial. O art. 21º assume um papel relevante na consagração de fontes formais, privilegiando-as em relação aos critérios de juridicidade supralegal, que levaram os juízes de tribunais anteriores a aplicar normas de direito costumeiro, pelo que perante a “ameaça” de exposição do TPI ao ativismo judicial que pudesse

⁵ Situação na República Democrática do Congo, Decisão de participação dos VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 e VPRS 6, Câmara de Pré-Julgamento, 17 de janeiro de 2006, para. 47.

decorrer de interpretações de caráter ontológico, a existência de uma norma prescritiva para a seleção do direito aplicável vem restringir a discricionariedade na interpretação.

3.2 A ATRIBUIÇÃO DE SIGNIFICADO ÀS DISPOSIÇÕES JURÍDICAS

O ER, ao elencar expressamente as fontes de direito aplicável e ao estabelecer critérios interpretativos por meio da previsão de normas de conteúdo concreto e, ao mesmo tempo, dar prevalência na interpretação aos Elementos Constitutivos dos Crimes e às Regras Processuais, significa que também procura limitar o modo como as normas jurídicas são interpretadas. Assim é possível classificar o ER como uma convenção interpretativa que influenciará a construção da decisão perante o caso a decidir (LAMEGO, 2016, p. 159).

No plano da metodologia do direito, a interpretação jurídica consiste na determinação de consequências normativas relativamente a certas matérias ou casos (LAMEGO, 2016, p. 159), pelo que o exercício da interpretação será a clarificação do escopo ou significado de uma regra (LAMEGO, 2016, p. 73). Como já se disse, a existência de uma norma como o art. 21º, que estabelece como é que o direito deve ser aplicado e, conseqüentemente, interpretado, confere uma orientação formalista no exercício de determinação das normas jurídicas, a que se juntam as especificidades próprias do direito penal. Deste enunciado e desta premissa identificam-se duas problemáticas no âmbito do ER: 1) o facto de o TPI aplicar poder aplicar conceitos do direito interno, nomeadamente, os princípios do Direito penal e 2) a existência de regras que condicionam a interpretação dos juízes do TPI.

No que respeita ao primeiro ponto da discussão, a questão em causa resulta da necessidade de se estabelecer em que medida um tribunal penal internacional, criado por tratado, pode ou deve inspirar-se em conceitos de direito interno e transpô-los para o processo penal internacional quando existem preceitos específicos no ER que estabelecem diretrizes interpretativas. Os conceitos de direito penal no direito interno dos Estados resultam de um *ius puniendi* enquanto expressão da soberania dos Estados e cada sistema jurídico tem diferentes perspetivas quanto aos seus fundamentos e o modo como são interpretados ou aplicados. O *ius puniendi*, enquanto poder resultante da soberania do Estado, define quais comportamentos humanos devem configurar um crime e definir a sanção que deva ser aplicada a tal conduta, para punir a violação dos bens jurídicos tutelados (DIAS, 2004, p. 6). No mesmo sentido, Beccaria (1998, p. 64) afirmara antes, que o que fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos [é] a necessidade de defender das usurpações particulares o depósito do bem-estar público. Com a criação dos tribunais internacionais ocorre, de facto, a mudança de paradigma no exercício do poder coercivo, atendendo a que lhes é conferido, por parte dos Estados,

o exercício da jurisdição penal sobre os cidadãos que cometeram os crimes, com previsões estatutárias do catálogo de crimes a considerar e, mais ainda, a sua jurisdição territorial.

O ER consagra duas disposições relativas à interpretação de conceitos específicos do direito interno, nomeadamente, o recurso subsidiário aos princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos Estados, dos diferentes sistemas jurídicos existentes (art. 21º nº 1 c 1ª parte), ao mesmo tempo que exige que a composição do coletivo de juízes do Tribunal seja representativa dos sistemas jurídicos do mundo (art. 36º nº 8 a e i). Retira-se dessas previsões que o ER não admite a interpretação automática dos conceitos internos do direito penal, exigindo-se sim, uma indagação sobre como os diferentes conceitos operam, com vista a alargar o leque das diretrizes interpretativas e, entende-se, desde que feita em estrita obediência ao princípio da legalidade que decorre do ER, podendo resultar na admissibilidade dos princípios do direito interno dos Estados. E, refira-se, foi este também o entendimento do Tribunal a propósito do conceito de vítima, do respetivo estatuto legal e de sua representação em juízo:

Para os efeitos do presente documento, as vítimas são pessoas que individualmente ou colectivamente sofreram agressões, incluindo danos físicos ou mentais, sofrimento emocional, perdas económicas, ou restrições aos seus direitos fundamentais, através de atos ou omissões que constituem violações massivas do direito internacional dos direitos humanos ou violações sérias do direito internacional humanitário. Onde seja apropriado e de acordo com o direito interno, o termo “vítima” inclui também a família imediata ou dependentes da vítima direta e pessoas que sofreram danos ao assistirem as vítimas sob ameaça ou para prevenir a vitimização⁶.

Ainda que, em teoria, os princípios gerais do direito que derivem do direito interno sejam apenas um auxiliar interpretativo e que só funcionam quando as fontes internas são aplicáveis, o Tribunal já decidiu de outra forma. Com efeito, no caso Katanga e Ngudjolo a Câmara de Pré-Julgamento considerou que o conceito de perpetração de um crime, mediante o controlo de uma organização, assentava numa definição já utilizada nas jurisdições nacionais e que é anterior e subsequente à elaboração do Estatuto⁷. Assim, pode concluir-se que este auxílio interpretativo pode ser, de facto, influenciado pelas jurisdições nacionais, facto que foi amplamente criticado na opinião dissidente do juiz Fulford no julgamento do caso Lubanga. Nesses dois casos, os juízes basearam a sua decisão na doutrina do académico alemão Claus Roxin, enquanto autoridade da teoria da coperpetração: “[ainda que o estatuto o admita,] na minha opinião, antes de tomar este passo, a câmara

⁶ Decisão da câmara preliminar do Caso Procurador vs Thomas Lubanga Dylo, de 18 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2QOhaBf>. Acesso em: 31 ago. 2019.

⁷ Procurador v. Katanga and Ngudjolo Chui, ICC P. Ch., Decisão de confirmação das acusações, ICC-01/04-01/07-717, 30 de setembro de 2008, para. 502.

deve realizar uma análise cuidadosa sobre a base política da doutrina jurídica interna e analisar a sua compatibilidade com o Estatuto deste Tribunal”⁸.

O segundo ponto desta discussão prende-se com a existência de regras que limitam a interpretação dos juízes, evitando a discricionariedade e a amplitude interpretativa. Com efeito, o ER prevê a existência de regras complementares de orientação para a interpretação e que, na generalidade, fornecem definições e explicações dos conceitos (TWINING; MIERS, 1999, p. 165), de que são exemplo os Elementos dos Crimes e as Regras Processuais, que procuram evitar aquilo que Francesco Ferrara (1963, p. 24) caracteriza de “reino confuso do palpite do arbítrio, do sentimento anárquico ou da intuição refletida”.

Apesar dessa consagração expressa, importa clarificar também, o funcionamento da proibição da interpretação extensiva e da analogia e, ainda, da interpretação teleológica. No estrito respeito pelo princípio da legalidade penal, o ER consagra expressamente no art. 22º nº 2 a proibição da analogia e da interpretação extensiva quanto à previsão dos crimes, devendo a interpretação ser feita, em caso de ambiguidade, a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada. Nesta disposição ficou, então, consagrada a interpretação restritiva do direito penal e, ao fazê-lo, torna proibida a interpretação extensiva (PONS, 2016). O escopo da construção técnica desta disposição é a limitação do papel interpretativo do juiz, numa tentativa de superação da amplitude que tal papel teve na jurisprudência dos tribunais penais anteriores (KARNAVAS, 2011, p. 1.091).

Por fim, o nº 3 apresenta uma previsão exclusiva de que só se aplicam aos crimes previstos no ER, independentemente de serem criados pelo direito internacional. A este respeito, afirma Marc Henzlin (2002, p. 114) que o objetivo do ER é estabelecer apenas a competência potencial do TPI sobre as infrações cometidas, e não desenvolver o DPI material, até porque o ER resulta de um compromisso político sobre os crimes a julgar.

A preocupação na elaboração do ER relativamente ao direito a aplicar pelo Tribunal, dentro do princípio da legalidade, está também refletida na prevalência do Estatuto no exercício de interpretação, nomeadamente na chamada “cláusula de salvaguarda” (AMARAL, 2016, p. 265) do artigo 10º. Tal disposição prevê que parte alguma do Capítulo II do ER, relativo à jurisdição, admissibilidade e direito aplicável sobre os crimes elencados, deverá ser interpretada de modo a limitar ou prejudicar as regras do direito internacional, existentes ou em desenvolvimento, para outros propósitos que não os que estejam previstos no próprio Estatuto. Com efeito, a existência de tal norma

⁸ Procurador v. Lubanga, ICC T. Ch., Julgamento relativo ao artigo 74º do Statute, Opinião dissidente do juiz Adrian Fulford, 14 de março de 2012, para. 10.

demonstra que o ER não é uma codificação com vista ao desenvolvimento do direito internacional, posição que é também acolhida por Júlia Amaral (2016, p. 266):

[...] não pode ser um obstáculo para a interação entre as várias jurisdições internacionais envolvidas na aplicação do direito internacional penal, o que é essencial para evitar a fragmentação deste mesmo direito e garantir a sua unidade a longo prazo.

Neste mesmo sentido, no caso *Furundžija*, a Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia comentou expressamente a relevância legal desta norma:

O Estatuto de Roma foi adotado por uma maioria substancial de Estados presentes na Conferência Diplomática de Roma. [...] O artigo 10º do Estatuto tem como objetivo assegurar que o direito existente ou em desenvolvimento não está limitado ou prejudicado pelas normas do Estatuto [...] que podem contribuir para elucidar o direito internacional costumeiro⁹.

Diga-se, ainda, que o art. 10º fundamenta igualmente a proibição, prevista no artigo 22º, da analogia e da interpretação. Com efeito, a proteção que procura conferir afasta a possibilidade de aplicação das regras previstas no direito internacional costumeiro, como aconteceu no Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e no Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, em que a jurisprudência o interpretou amplamente, na definição do direito a aplicar para definir a jurisdição do Tribunal para julgar o crime à luz do princípio *nullum crimen sine lege*.

Sobre esta problemática, importa referir a opinião dissidente do juiz Hans-Peter Kaul na decisão do juízo de instrução sobre a situação da República do Quênia. Na sua opinião, o juiz considera que a interpretação do requisito “Política de um Estado ou de uma organização” do art. 7º nº 2 *a* exige uma reflexão cuidada antes de partir imediatamente para uma analogia ou recorrer à jurisprudência de outros tribunais. Com efeito, na fundamentação da sua decisão contra a interpretação do requisito, subsume os factos à interpretação do Tratado, segundo as regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ainda que recorra à interpretação teleológica relativa à fundamentação da consagração dos crimes contra a humanidade no ER.

Mais difícil será perceber o funcionamento da interpretação teleológica no âmbito do ER e de que modo o intérprete realiza a operação de indagação sobre as razões que determinam o sentido das normas jurídicas com vista a responder às dúvidas apresentadas no caso concreto (ALEXY, 2012). No direito internacional, a existência de lacunas e ambiguidades faz parte do processo de negociação dos instrumentos constitutivos, podendo por vezes tornar-se um modo estratégico e intencional para a discricionariedade perante a existência de uma disputa sobre esse instrumento

⁹ Procurador v. *Furundžija*, ICTY T. Ch., 10 de dezembro de 1998, para. 227.

(ZARBIYEV, 2012), e a análise jurisprudencial que se conduziu revela o recurso aos trabalhos preparatórios do Estatuto (ALEXY, 2012, p. 144) para compreender a *ratio* das normas.

Perante a interpretação de conceitos, os trabalhos preparatórios permitem compreender as discussões tidas pelas diferentes comissões preparatórias, bem como os motivos e materiais suplementares que levaram a que as normas que ficaram consagradas no ER fossem aprovadas, ou, como defendeu Ferrara (1963, p. 128, grifo do autor), “a lei, porém, não se identifica com a *letra* da lei. Esta é apenas um meio de comunicação: as palavras são símbolos e portadores de pensamento [...]”.

O ER reflete uma concepção legalista, aqui entendida como inevitável, nos limites da interpretação que estabelece, e a construção técnica, ao prever de forma, muitas vezes exaustiva como cada uma das disposições jurídicas deve ser interpretada, procura evitar o recurso ao “instinto jurídico” e às interpretações amplas. Ao mesmo tempo, tal construção reflete a prevalência do Tratado no exercício interpretativo, até mesmo no processo de descoberta do conteúdo das normas e que resultou da vontade demonstrada na sua negociação.

O ER assume, assim, uma concepção formal, por oposição a uma vinculação axiológica que abriria caminho à discricionariedade e arbítrio num instrumento já de si pautado por um pendor orientado à hermenêutica dos direitos humanos (ALEXANDRINO, 2011).

3.3 A DETERMINAÇÃO E QUALIFICAÇÃO DOS FACTOS

A partir da premissa de que a “decisão judicial deve ser fundada em normas jurídicas e nas circunstâncias do caso, devidamente provadas” (LAMEGO, 2016, p. 161), importa perceber como é que o ER regula a qualificação e seleção normativa dos factos relevantes para fixar um sentido a esses mesmos factos de modo a submetê-los a um modelo silogístico que permita reconduzir os factos às normas jurídicas, ou seja, da sentença deve resultar a aplicação do direito aos factos provados.

O estabelecimento da matéria de facto, tratando-se de uma operação de verificação, é objeto de uma apreciação jurídica do que efetivamente resultou como provado à luz dos critérios que a lei estabelece (LARENZ, 1997, p. 391). As regras de procedimento previstas no ER, resultantes da estrutura acusatória do Tribunal, estabelecem no art. 54º nº 1 *a* que compete ao procurador na fase de inquérito, com vista a restabelecer a verdade dos factos, alargar o inquérito a todos os factos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal. Em fase posterior, nos termos do art. 61º, o juiz de instrução apreciará, em sede de audiência, a prova que comprove os factos alegados pelo procurador e, perante a confirmação destes o processo é enviado para julgamento. Já em sede de

decisão na primeira instância, nos termos do art. 74º nº 2, esta não poderá exceder os factos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas, e o tribunal fundamentará a sua decisão exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento. Por fim, em sede de recurso podem ser apreciados erros de facto e erros de direito (art. 81º).

Dessas regras processuais importa então destacar dois aspetos relevantes: os factos que chegam ao juízo de instrução e a julgamento serão aqueles que o procurador já tiver selecionado na fase de inquérito e, por outro lado, é admitida a modificação dos factos constantes da acusação e, à luz do que já se disse, a prova dos factos será, então, o requisito que o ER exige para determinação de uma acusação ou condenação da prática de um crime. Assim, a letra do ER estabelece, quanto aos crimes, atos materiais que são requisitos para a prova de que o facto praticado integra o conteúdo de determinado crime; por exemplo, os ataques intencionalmente dirigidos à população civil como facto que integra o crime de guerra (nos termos do art. 8º nº 2 i).

Conclui-se então que o processo de construção da base fática da decisão resulta da prova que for feita quanto à prática dos atos que constituem os elementos constitutivos dos crimes, pelo que os factos que integrarão a decisão judicial serão os que forem apresentados pelo procurador e que sejam dados como provados em sede de audiência e nos termos previstos pelas regras relativas à prova.

3.4 A COMPROVAÇÃO DOS FACTOS

Do processo metodológico de julgar decorre, também, a necessidade de provar os factos alegados, prova essa que resultará na determinação das consequências jurídicas que resultam da matéria provada ou não provada. Nesse sentido, à semelhança do que acontece no direito interno, no ER vigora igualmente o princípio geral de proibição de *non liquet*, que se traduz na fórmula de que “o juiz não pode deixar de decidir o litígio, invocando não ter ficado esclarecido sobre a realidade dos factos” (MARQUES DA SILVA, 2012, p. 217).

À semelhança do que acontece no direito interno, o ER contém previsões específicas relativas à prova, embora, como se verá, existam traços distintivos que resultam do carácter complexo do Estatuto, que é, ao mesmo tempo, um código penal, um código de processo penal e um tratado. Sobre a matéria da prova, a presente análise incidirá sobre dois tipos de normas que o ER prevê: as que definem as provas admissíveis e respetivas proibições e as regras que definem os poderes de inquirição dos juízes na apreciação da prova apresentada.

Essa matéria encontra-se regulada em dois instrumentos que estão no topo da hierarquia do direito aplicável pelo Tribunal, pelo que só apenas subsidiariamente os juízes podem aplicar outras normas que não estas. Tratando-se o TPI de um tribunal com jurisdição especial, a matéria da prova não está isenta de problemáticas inerentes a esta característica, atendendo à complexidade dos casos que julga.

O artigo 69º do ER, sob a epígrafe *Prova*, dá algumas orientações quanto à admissibilidade das provas: o nº 6 prevê que serão exigidas provas dos factos que sejam do domínio público e o nº 7 estabelece que não serão admissíveis provas obtidas em violação do Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas, quando, nos termos da alínea *a*, a violação suscite sérias dúvidas sobre a sua fiabilidade ou (alínea *b*) se tal admissão atenta contra a integridade do processo ou resulta em grave prejuízo deste. A consagração de uma norma com este carácter orientado para os direitos humanos reflete o compromisso do Tribunal na defesa dos direitos quer das vítimas, quer dos arguidos, promovendo a ideia de que o TPI se afasta da chamada “justiça de vencedores”, ao refrear os sucessivos atropelos às garantias penais que marcaram os seus antecessores, pois ao admitir estas normas, o ER consagra expressamente o direito ao julgamento justo.

No que respeita ao segundo tipo de normas, relacionadas às regras impostas aos juízes na apreciação das provas, o ER e as regras de procedimento estabelecem critérios amplos quanto a tal apreciação: o art. 69º nº 4 prevê que o Tribunal possa decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta o seu valor probatório, mas também a garantia da realização de um julgamento equitativo. O nº 8 prevê que o Tribunal, ao decidir sobre a relevância ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não possa pronunciar-se sobre a aplicação do direito interno desse Estado. Já no que respeita às regras de Procedimento, a regra 63 nº 2 estabelece o regime da apreciação livre da prova apresentada, ao abrigo da discricionariedade que o art. 64º nº 9 admite¹⁰. No caso *Katanga e Ngudjolo*, a Câmara de Julgamento clarificou o entendimento quanto à relevância: “Se a prova torna a existência de um facto mais ou menos provável, é relevante. Se esse é o caso, depende ou não do objetivo para o qual a prova é apresentada”¹¹.

Essas previsões de prova traduzem uma escolha processual por parte do legislador do TPI: o ER resulta de uma combinação dos sistemas de *civil law* e de *common law* e o regime de admissibilidade de prova traduz a escolha do primeiro, ao prever a prova livre e a avaliação dela

¹⁰ Artº 64 nº 9 do ER: “O juízo de julgamento em 1ª instância poderá, oficiosamente ou a pedido de uma das partes, a saber: a) Decidir sobre a admissibilidade ou pertinência das provas; e b) Tomar todas as medidas necessárias para manter a ordem na audiência” (PORTUGAL, 1998).

¹¹ Procurador v. *Katanga e Ngudjolo* (Caso No. ICC-01/04–01/07), ICC T. Ch. II, Decisão Moção de Defesa de Germain Katanga, 21 de outubro de 2011, para. 16.

consoante o peso que tenha na prova dos factos alegados, ao contrário do que acontece na *common law*, em que a inadmissibilidade de provas irrelevantes resulta muitas vezes na impossibilidade de certos tipos de prova (SLUITER *et al.*, 2013, p. 1.027). Assim é o juízo de avaliação da prova apresentada, nos termos que o ER é pautado pela discricionariedade, pois sempre que a prova seja relevante pode ser considerada a sua admissibilidade.

Ambos os tipos de regras definem um poder alargado de inquirição ao juiz do TPI, refletindo o modelo garantístico do princípio do acusatório que caracteriza todo o Estatuto, em que o ónus da prova e o princípio do contraditório são pedras basilares.

O quadro normativo relativo ao regime probatório que deverá orientar o juiz na decisão sobre a matéria de facto, segundo a convicção formada pelo confronto dos diferentes meios de prova colocados à sua disposição, faz com que a não comprovação dos factos culmine numa absolvição (*in dubio pro reo*). Havendo comprovação dos factos, a partir dos mecanismos e procedimentos de prova que são admitidos pelo ER serão determinadas as consequências jurídicas.

3.5 A DETERMINAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A determinação das consequências jurídicas, enquanto operação metodológica, expressa *ex maxime* o objetivo da sentença, que é o de resolver todas as questões que tenham sido suscitadas no processo e conhecer o mérito da causa, salvo nos casos em que o juiz deva abster-se de o fazer por determinação da lei (LAMEGO, 2016, p. 166). Tal processo, sendo o resultado de inferências lógicas, juízos de experiência, de raciocínio indutivos e/ou adutivos, valorações e de fatores intuitivos (LAMEGO, 2016, p. 167), deve obediência a dois princípios que não podem ser afastados e que o ER consagra expressamente: a vinculação do juiz à lei e os princípios de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege*, enquanto fórmulas do princípio da legalidade.

A vinculação do juiz à lei e o respeito pelo princípio da legalidade assumem no ER um carácter presente em permanência nas disposições que este consagra no processo de determinação das consequências jurídicas, nomeadamente, as regras inerentes à produção de prova e da determinação da pena (art. 78º). Com efeito, ao prever regras imperativas de interpretação e aplicação do direito, o ER procura reduzir a amplitude do processo interpretativo e, simultaneamente, ao reduzir o grau de discricionariedade, desresponsabilizar o juiz pela decisão tomada. O processo de decisão e de recurso previsto no ER reflete o que se acabou de dizer: a decisão como consequência lógica da aplicação do direito vigente aos factos dados como provados e que, aqui entende-se, nem poderia ser de outra forma, enquanto resultado do princípio da vinculação dos juízes à lei, nomeadamente ao ER.

Tratando-se o silogismo judiciário de uma racionalização *a posteriori* e da formalização de um processo complexo de operações (LAMEGO, 2016, p. 167), esta fórmula reduz a discricionariedade e arbitrariedade na determinação das consequências jurídicas, que no processo penal assume especial relevância, em nome do princípio da legalidade. Se assim não fosse, a orientação legalista do ER ficaria em causa e ferida pela análise casuística que se considera contrariar o princípio da legalidade que o Estatuto procura defender de forma clara. Ainda assim, algumas das decisões do TPI refletem a ausência de uma metodologia legitimada por ausência de uma fronteira nítida entre a administração da justiça e a conformação política, e que está espelhada na decisão *Procurador vs William Samoei Ruto e Joshua Arap Sang*¹²:

É consenso geral que a interdição de crimes contra a humanidade tem o nível de norma de *ius cogens*, ao passo que a democracia como norma jurídica internacional não goza ainda, pelo que se sabe, deste *status*. [...] A democracia deve 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 extermínio cometidos contra um grupo minoritário social ou politicamente inconveniente.

A partir do momento em que é concretizada a operação de determinação das consequências jurídicas deverão os juízes concluir a aplicação do direito mediante a apresentação dos considerandos em que se assenta a decisão.

A última operação metodológica do processo de decisão judicial consiste na sentença, ou seja, na apresentação dos fundamentos em que se assenta a decisão tomada quanto aos aspetos de facto e de direito, sendo os requisitos da sentença (LAMEGO, 2016, p. 170) a discriminação dos factos provados e não provados, as razões da convicção do julgador, as disposições a que foi submetida a matéria de facto, a forma como tais disposições foram interpretadas e a determinação das consequências, em nome do princípio da proibição de *non liquet* (LAMEGO, 2016, p. 170).

O veredito dos juízes resulta, então, da prova feita em julgamento, cuja avaliação é feita tendo em conta a credibilidade e a fidedignidade com vista a obter um juízo sobre a condenação ou a absolvição dos arguidos em julgamento, tendo em conta o princípio *in dubio pro reu*. Para o processo de decisão o ER tem como regra a unanimidade do coletivo, mas se tal unanimidade não existir, a decisão deverá ter tomada por maioria (art. 74º nº 3). Da decisão resultará uma decisão escrita e que conterà uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do juízo de julgamento em primeira instância, e se não houver unanimidade, a sentença conterà as opiniões da maioria e a dos juízes dissidentes (74º nº 5). A regra das decisões tomadas por unanimidade ou por

¹² Caso ICC-01/09-01/11 (Kenya).

maioria faz com que o processo de decisão resulte de uma cooperação, e a fundamentação acompanhada das opiniões dissidentes confere legitimidade e transparência na decisão. Por outro lado, a composição dos juízes, oriundos dos principais sistemas jurídicos (art. 36º n° 8 a e i), levará a uma fundamentação da sentença que espelha diferentes concepções na procura de uma decisão que cumpra os requisitos da legalidade e da separação de poderes.

No que respeita ao texto da sentença, nos termos do art. 74º n° 2, a fundamentação da decisão será feita com base na apreciação das provas e do processo no seu conjunto, sendo que a decisão não poderá ir além dos factos e circunstâncias descritos na acusação ou alterações que lhe tenham sido feitas e tendo em conta, exclusivamente, a prova produzida e examinada em julgamento. A exigência de fundamentação da sentença nos moldes que o ER define faz com que em sede de recurso possam ser apreciados erros de facto, de direito ou vícios processuais (art. 81º), o que traduz um modelo de racionalidade formal, lógico-dedutiva – modelo esse que caracteriza o ER no seu todo.

Da fundamentação da sentença e do juízo que dela emana pode-se constatar um raciocínio lógico-dedutivo orientado para o formalismo, pese embora o Estatuto de “guardiães dos valores universais” (RODRIGUES, 2009, p. 228) que os juízes do TPI representam por lhes serem conferidos poderes jurisdicionais. Ainda que o ER consagre expressamente o princípio da legalidade, marca-o a orientação para a defesa dos direitos humanos, a favor das vítimas, perante a estruturação que nele está definida (APPAZOV, 2015), o que espelha o perigo para que nos alerta Ferrara (1963, p. 129), de que “o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no direito positivo ideias e princípios que são antes o fruto das suas lucubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais”.

4 CONCLUSÃO

Ao longo destas linhas descreveu-se o modo como os juízes do Tribunal Penal Internacional aplicam o direito, usando como ponto de partida seis operações metodológicas que permitem compreender algumas das problemáticas decorrentes do processo decisório de um tribunal criado por tratado. No Estatuto de Roma verifica-se a ausência de uma previsão normativa que procure definir exatamente qual a metodologia a aplicar pelo Tribunal para a decisão dos casos. Ainda assim, o texto normativo contém, quanto ao processo interpretativo, orientações claras que resultam de um sistema normativo abrangente e coerente, embora complexo, como é o direito penal internacional. Tal

existência permite estreitar o exercício da discricionariedade e, ao mesmo tempo, restringe o desenvolvimento de métodos interpretativos, pelos juízes, que contrariem o princípio da legalidade.

A hierarquia de fontes e o princípio da legalidade expressamente consagrados num estatuto que consolida um sistema normativo exclusivo, resultante do seu caráter negociado, constituem a fundamentação para a metodologia aplicada pelo Tribunal e que assegura a transparência e a consagração de um processo de fiscalização das decisões. Ao mesmo tempo, o ER demonstra um importante passo no esforço de unificar o elenco de fontes aplicável com vista a contrariar a discricionariedade e a responder aos desafios levantados pelos novos “direitos”, sem que isso signifique abandonar o princípio da legalidade.

A caracterização da metodologia jurídica aplicada pelos juízes do Tribunal Penal Internacional permite reconhecer que o Estatuto, enquanto corpo normativo, constitui um “travão” ao ativismo judicial que marcou a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* e que veio influenciar profundamente a negociação e a criação desse tribunal.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, J. M. Hermenêutica dos Direitos Humanos. Curso de Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. **Anais...** 2011. Disponível em: <https://bit.ly/39JP4zH>. Acesso em: 13 set. 2017.
- ALEXY, R. Interpretação teleológica e vinculação à Lei. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- ALFORD, R. P. The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance. **94 Am. Soc’y Int’l L.**, Proc. 160, p. 160-165, 2000.
- ALTER, K. J. **The new terrain of international law**: Courts, politics, rights. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2014.
- AMARAL, J. S. Comentário ao artigo 10o: Cláusula de Salvaguarda. In: STEINER, S. H.; BRANT, L. N. C. (ed.). **O Tribunal Penal Internacional**: Comentários ao Estatuto de Roma. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, 2016.
- APPAZOV, A. ‘Judicial Activism’ and the International Criminal Court. **Icourts Working Paper Series**, No 17, February 17, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/37HtDxq>. Acesso em: 13 set. 2017.
- BAPTISTA, E. C. **Direito internacional público**. Volume II, Sujeitos e responsabilidade. Lisboa: Almedina, 2004.
- BASSIOUNI, M. C. **Introduction to International Criminal Law**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução Primola Vingiano. 4. ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- CASSESE, A. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CHERIF BASSIOUNI, M. Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court. **Cornell International Law Journal**, v. 32, n. 3 (Symposium 1999), p. 443-469, 1999.
- CORREIA BAPTISTA, E. **Direito Internacional Público** – Conceito e Fontes. V. 1. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas, 1998.
- DIAS, J. de F. **Direito processual penal**. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FERRARA, F. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Interpretação e aplicação das leis. Tradução Manuel A. Domingues de Andrade. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1963.
- GALLANT, K. Individual Human Rights in a New International Organisation: The Rome Statute of the International Criminal Court. In: BASSIOUNI, M. C. (ed.). **International Criminal Law**. Volume II: Enforcement. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- GONÇALVES PEREIRA, A. *et al.* **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2009.
- HENZELIN, M. Droit International Pénal et droits pénaux étatiques. In: HENZELIN, M.; ROTH, R. (ed.). **Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation**. Geneve: L.G.D.J., 2002.
- IRVING, E. The other side of the Article 21(3) coin: Human rights in the Rome Statute and the limits of Article 21(3). **Leiden Journal of International Law**, [s. l.], v. 32, issue 4, p. 837-850, December 2019.
- KARNAVAS, M. G. The ICTY Legacy: A Defense Counsel's Perspective. **Goettingen Journal of International Law**, [s. l.], v. 3, n. 3, p. 1.053-1.092, 2011.
- LAMEGO, J. **Elementos de metodologia jurídica**. Coimbra: Almedina, 2016.
- LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIND, C. **Commentary Rome Statute: Article 22. General Remarks**. Case Matrix Network Project. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/35tGh1s>. Acesso em: 4 jul. 2017.
- MARQUES DA SILVA, G. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.
- MIRANDA, J. Tomo VII – Estrutura Constitucional e Democracia. In: **Manual de direito constitucional**. Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MORAIS, C. B. **Curso de Direito Constitucional**: Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português – Tomo I. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

MOTA DE CAMPOS, J. *et al.* **Organizações Internacionais**: Teoria Geral. Estudo Monográfico das Principais Organizações Internacionais de que Portugal é membro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

PONS, N. Comentário ao Artigo 24 – Não Retroactividade. *In*: STEINER, S. H.; BRANT, L. N. C. (ed.). **O Tribunal Penal Internacional**: Comentários ao Estatuto de Roma. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, 2016.

PORTUGAL. Ministério Público. Procuradoria-Geral da República. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Texto original feito em Roma, aos 17 dias do mês de julho de 1998. Disponível em: <https://bit.ly/2R4h8oL>. Acesso em: 13 set. 2017.

RAZ, J. **The authority of law**: Essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RODRIGUES, A. M. A internacionalização e a europeização do direito penal. *In*: DIAS, J. de F. (ed.). **Internacionalização do Direito no novo século**. v. 94. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SCHABAS, W. Customary law or judge-made law: Judicial creativity at the UN criminal tribunals. *In*: **The Legal Regime of the International Criminal Court**. [s. l.]: Brill, 2009.

SLUITER, G. *et al.* **International Criminal Procedure**: Principles and Rules. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SWART, M. Ad Hoc Rules for Ad Hoc Tribunals? **South African Journal on Human Rights**, v. 184, 2002.

TWINING, W.; MIERS, D. **How to do things with rules**. London: Butterworths, 1999.

VASILIEV, S. Proofing the Ban on “Witness Proofing”: Did the ICC Get it Right? **Criminal Law Forum**, n. 20, p. 193-216, 2009.

VILLACIS, R. Comentário aos artigos 112 a 118: Assembleia dos Estados Partes. Financiamento. *In*: STEINER, S. H.; BRANT, L. N. C. (ed.). **O Tribunal Penal Internacional**: Comentários ao Estatuto de Roma. Belo Horizonte: Konrad Adenauer Stiftung, 2016.

ZARBIYEV, F. Judicial Activism in International Law – A Conceptual Framework for Analysis. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 3, n. 2, p. 247-278, 1 jul. 2012.

ZEEGERS, K. **International Criminal Tribunals and Human Rights Law** – Adherence and Contextualization. The Hague: Springer, 2016.

ZOLO, D. Hans Kelsen: International Peace through International Law. **European Journal of International Law**, v. 9, p. 306-324, 1998.

Maria João Carapêto

Doutoranda do Programa Doutoral da Nova Direito e bolsista da Fundação de Ciência e Tecnologia. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa e Mestre em Direito e Segurança pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. *E-mail:* carapetomariajoao@gmail.com