VITOR BASTOS MAIA

A AUTORIA MEDIATA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA: PROFª CLÁUDIA PERRONE-MOISÉS

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

VITOR BASTOS MAIA

A AUTORIA MEDIATA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO COMO REQUISITO PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO.

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

ORIENTADORA: CLÁUDIA PERRONE-MOISÉS

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

Banca examinadora:

_____

_____

_____

À minha mãe,
por sempre me mostrar
a importância de se buscar
o caminho da sabedoria

Agradecimentos

Gostaria, inicialmente, de externar minha gratidão à Profa. Cláudia Perrone-Moisés. Há professores que passam pelas nossas vidas e outros que nos marcam profundamente. A Profa. Cláudia encontra-se nesse grupo por inúmeras razões. Olhando para trás percebo que seu modo de ensinar e de compreender o direito internacional – buscando sempre articular profundo conhecimento jurídico com outras perspectivas das ciências humanas como a filosofia, a literatura, o cinema... – foram decisivos para que optasse por iniciar minha trajetória acadêmica, da qual, espero, que essa Dissertação de Mestrado simbolize apenas o primeiro, mas importante voo. Agradeço também aos Professores Renato de Mello Jorge Silveira e Marcos Alexandre Coelho Zilli cujas ponderações, quando de meu Exame de Qualificação, foram de fundamental importância para o ulterior desenvolvimento da pesquisa. Às funcionárias Cláudia Koga e Fernanda Santos do Departamento de Direito Internacional da Faculdade agradeço a colaboração e, especialmente, os momentos de descontração em meio às obrigações da vida acadêmica. Ao pessoal da biblioteca das Arcadas fica registrada minha admiração pela dedicação e seriedade com que desempenham esse trabalho meticuloso e cotidiano. Tenho muito a agradecer às minhas companheiras de mestrado Gabriela Saab, Camila Perruso, Cecilia Olivero e Renata Nagamine por terem me mostrado a razão da amizade ser o componente mais importante da vivência humana. Sem dúvida, sem o apoio incondicional de meus pais – sempre priorizando a educação e formação de seus filhos – eu não teria chegado até aqui.

Está abaixo da dignidade humana perder a própria individualidade
e tornar-se uma mera engrenagem em uma máquina
Mahatma Gandhi

La souffrance connaît peu de mots
René Char
[O sofrimento conhece poucas palavras]

The most potent weapon in the hands of the oppressor is the mind of the oppressed
Steve Biko
[A arma mais potente nas mãos do opressor é a mente dos oprimidos]

Palavras-chave

Direito penal internacional – Tribunal Penal Internacional – Responsabilidade penal individual – Autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder – Princípio da legalidade

Key-words

International criminal law – International Criminal Court – Individual criminal responsibility – Indirect perpetration by virtue of an organized power structure – Principle of legality

SUMÁRIO

Introdução

PARTE I – A ESTRADA ATÉ ROMA

CAPÍTULO I – A RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL NA EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

I.1) Antecedentes de Nuremberg

I.2 – Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

I.3 – Os Tribunais Militares instituídos pela Lei do Conselho de Controle nº 10

I.4 – Os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda

CAPÍTULO II – A TEORIA DA AUTORIA MEDIATA EM RAZÃO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER NA VISÃO DE SEU CRIADOR, CLAUS ROXIN

PARTE II – TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL

III.1 – Responsabilidade penal individual e critérios de valoração da prova

III.2 – Responsabilidade penal individual e sistema

III.3 – *Societas delinquere non potest*

III.4 – Responsabilidade penal individual *v*. responsabilidade estatal

III.5 – Formas de intervenção no fato punível previstas no Estatuto de Roma

III.5.1 – A opção pela teoria do domínio do fato

III.5.2 – Coautoria

III.5.3) – Autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder e coautoria mediata

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

A recente entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional representa marco decisivo na evolução da Justiça penal internacional. O Estatuto de Roma é o primeiro instrumento internacional a trazer expressamente a hipótese de intervenção no fato punível da autoria mediata por intermédio de autor plenamente culpável. Assim, partindo da necessidade de interpretar o Estatuto de maneira a viabilizar o julgamento dos crimes de sua competência, os juízes optaram pela utilização da doutrina da domínio do fato como chave interpretativa do artigo 25(3) estabelecendo clara distinção entre autor principal e partícipe.

Nesse diapasão, a escolha pelos juízes do TPI da teoria da autoria mediata em razão de aparatos de poder – idealizada por Claus Roxin na década de 1960 para dar conta das especificidades das formas de cometimento de crimes típicas do nazismo – como fundamento da figura prevista na alínea (a), acima referida, representa passo significativo em diversos aspectos. Essa orientação hermenêutica, não somente distancia a jurisprudência do Tribunal da praticada pelos seus predecessores, como pode ser visto como passo decisivo na busca da construção de teoria do delito especifica para essa área do direito.

Com vistas à obtenção de recursos para a apreciação crítica da jurisprudência do TPI relativa a AM-AOP são desenvolvidos dois Capítulos iniciais. No Capítulo I são abordados os principais precedentes da Justiça penal internacional nos quais identifica-se contribuição significativa para a regulamentação da responsabilidade penal individual, em termos gerais, e para a AM-AOP, ainda que implicitamente, em termos específicos.

No Capítulo II é analisada a teoria da autoria mediata a partir da visão do seu criador, Claus Roxin, sendo igualmente discutidos aspectos controvertidos relacionados ao *caso Eichmann*. Na Parte II, são desenvolvidos aspectos fundamentais à compreensão da AM-AOP, correspondendo os itens do Capítulo III aos respectivos temas sucessivamente enfrentados: a relação da responsabilidade penal individual com os critérios de valoração da prova; a posição e importância da responsabilidade penal individual no sistema do ER; discussão e torno da viabilidade de se imputar crime a pessoa jurídica (*societas delinquere non*

potest); a relação entre responsabilidade penal individual e estatal e finalmente as formas de intervenção no fato punível insculpidas no artigo 25(3)(a), do ER.

De posse desse panorama conceitual, é feito um estudo das opções interpretativas dos juízes do Tribunal em torno da AM-AOP. As conclusões podem ser sistematizadas da seguinte maneira: a figura da AM-AOP foi a única dentre as previstas no Estatuto idealizada para dar conta, em termos dogmáticos, das especificidades dos crimes praticados em grande escala e sistematicamente como ocorre na maior parte dos casos submetidos à apreciação do Tribunal. A AM-AOP ganha maior relevo, outrossim, em vista das diretrizes de política criminal trazidas pelos juízes na fundamentação de suas decisões, dentre as quais podem ser referidas a busca pelo combate da impunidade desses criminosos, bem como a tendência a que se reconheça a maior importância do julgamento dos maiores responsáveis pelos crimes cometidos.

Os requisitos dessa forma de intervenção no fato punível seguem em substância a proposta de Roxin, não tendo sido incorporada somente a exigência de que os aparatos organizados de poder atuem à margem do ordenamento jurídico. Embora não haja condenação até o momento de réu com fundamento na AM-AOP, tem-se claro que poderá ser de extrema valia para a subsunção dos crimes sob investigação ou julgamento nos demais casos nos quais está sendo aplicada mas cujo andamento está impossibilitado por não terem sido presos os acusados (*caso Saif Al Islam* e *caso Omar Al Bashir*)

Por outro lado, a criação da coautoria mediata, embore conte com apoio de parcela considerável da doutrina e da jurisprudência do Tribunal não mostra-se compatível com o artigo 22 (*nullum crimen sine lege*), do ER, sobretudo por força da expressa inclusão da proibição da analogia em desfavor do réu.

ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

O direito penal internacional é ramo recente do Direito. Embora já tenham transcorrido mais de 60 anos do julgamento de Nuremberg[1] diversos são os institutos jurídicos a exigirem elaboração conceitual mais detalhada e múltiplas as reflexões que suscitam entendimentos notoriamente discrepantes. Já se tornou lugar comum afirmar que este ramo do direito encontra-se em uma encruzilhada[2]. A própria denominação já permite entrever que cuida-se de disciplina fortemente influenciada pelo direito internacional público e pelo direito penal[3].

Dessa forma, a inexistência de consenso em torno do conceito da disciplina e dos elementos que lhe são essenciais é certamente um indício da dificuldade de encontrar uma definição completa e definitiva. Na visão de Antonio Cassese, cuida-se do "corpo de regras internacionais idealizas e aprovadas não somente para proibir determinadas categorias de conduta (crimes de guerra, crimes contra a humanidade, genocídio, tortura agressão e terrorismo) como também para responsabilizar os indivíduos que pratiquem essas ações"[4]. Cláudia Perrone Moisés, seguindo essa linha de pensamento proposta pelo autor italiano, sustenta se tratar "do ramo do direito internacional público destinado a responder, de forma vigorosa e efetiva, às atrocidades cometidas em tempos de guerra ou de paz, consideradas crimes internacionais[5].

---

[1] Ver Capítulo I, *infra*.

[2] AMBOS, Kai Ambos. International Criminal Law at the crossroads: From ad hoc imposition to a treaty based universal system. In STAHN, C.; VAN DEN HERIK, L. (eds.). *Future perspectives on international criminal justice*. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2010. p. 161-177.

[3] Ao lado dessa dupla ascendência deve-se reconhecer, ainda, o afluxo teórico de outras disciplinas, dentre as quais podem ser referidas o direito internacional humanitário, o direito internacional dos direitos humanos, direito internacional dos refugiados, direito internacional comparado. O tema será oportunamente retomado (ver Capítulo X infra). Para uma visão geral a respeito da relação entre o direito penal internacional e o direito internacional dos direitos humanos ver Emmanuel Decaux. The Place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System, *JICJ 9*, 2011, p. 597-608.

[4] Antonio Cassese. *International Criminal Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 03.

[5] Cláudia Perrone-Moisés. *Direito internacional penal. Imunidades e anistias*. São Paulo: Manole, 2012, p. 02. Digna de referência, outrossim, a conceituação proposta por Marcos Alexandre Zilli (*O último tango?* In SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum. 2009, p. 99, nota 33). Para o autor este ramo do direito compreende "o conjunto de princípios e de regras – positivadas e consuetudinárias – descritivos das infrações

A partir dessas propostas, resta então indagar o que se deve entender por crimes internacionais. Ainda na perspectiva de Cassese, acima apenas insinuada a partir das condutas típicas trazidas como exemplo, os crimes internacionais são "violações de regras internacionais que acarretam a responsabilização penal dos indivíduos implicados em seu cometimento"[6]. Interessante notar que, apesar da expressa previsão do crime contra a humanidade de *apartheid* no Estatuto de Roma[7], o autor defende a não inclusão desse delito no rol desses crimes[8].

Iluminando importante perspectiva em relação aos crimes internacionais, Cláudia Perrone-Moisés, por seu turno, propõe que sejam vistos sob a ótica de uma "violação de direitos entendida como *atrocidade*, por seu efeito corporal ou espiritual e sua gravidade em relação à pessoa humana"[9].

Não há dúvida de que as divergências de entendimento doutrinário em relação aos elementos constitutivos e às características de maior relevo desse ramo repercutem na terminologia a ser adotada. Assim, parte significativa da doutrina nacional[10] e

---

penais internacionais e impositivos das respectivas sanções, delimitando, dessa forma, uma responsabilidade individual, em nível internacional, independente da nacionalidade do agente e do local de consumação do crime". A definição de Triffterer é trazida por Kai Ambos (Parte Geral, p. 34, nota 5): "derecho penal internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del derecho internacional, que conectan a una conducta determinada —crímenes internacionales— ciertas consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente".

[6] Antonio Cassese. *International Criminal Law*…, p. 11.

[7] Artigo 7(2)(h), ER.

[8] P. 13. Para sustentar sua posição o autor argúi que, por força do baixo número de ratificações à Convenção do *apartheid*, aprovada em 1973 e em vigor a partir de 1976, impossibilita o reconhecimento do crime em questão como norma costumeira. Em que pese esse entendimento estar em consonância com a posição do autor em relação às fontes do direito penal internacional, não se mostra correto, contudo, em vista da expressa inclusão do delito no Estatuto de Roma.

[9] Cláudia Perrone-Moisés. *Direito internacional penal...*, p. 08. Paola Gaeta (International criminalization of prohibited conduct. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 66) coloca em destaque a trascendência dessas condutas pontuando que "it is on account of the values they protect that these crimes are truly international".

[10] Compõem esse segmento, dentre outros, Cláudia Perrone-Moisés (*Direito internacional penal...*, p. 03); Celso Lafer (*A reconstrução histórica dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 167-168); Celso Albuquerque Mello. Para este autor (Curso de Direito Internacional Público, 15ª ed. 2º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1009) o direito internacional penal tem por objeto somente os crimes definidos nas normas internacionais. A afirmação de que se trata de que se trata de direito "extremamente fraco devido à ausência de uma justiça internacional penal" (*Ibid*, p. 1010), mostra-se, obviamente inverídica atualmente.

internacional[11] opta, em termos metodológicos, pela diferenciação entre "direito internacional penal" e "direito penal internacional". Outra parcela[12] milita pela adoção do termo único "direito penal internacional". No presente estudo opta-se pela expressão direito penal internacional na linha de entendimento liderada pelo Prof. Cherif Bassiouni, para quem estão incluídos sob essa rubrica tanto os aspectos penais do direito internacional, como os elementos internacionais do direito interno dos Estados[13].

Nesse sentido, a adoção da expressão direito penal internacional justifica-se também em razão da prevalência do caráter penal[14] dessas jurisdições penais internacionais – por se tratar da investigação, processo e julgamento e eventual imposição de pena aos acusados do cometimento de crimes de sua competência – e em decorrência da perspectiva de crescente interação[15] entre a normativa e prática desses tribunais e a dos Estados a quem é

---

[11] Podem ser mencionados: Hervé Ascensio; DECAUX, Emmanuel Decaux; Alain Pellet (org.) (*Droit International Pénal*. Paris: Pedone, 2000) e André Huet; Renée Koering-Joulin (Droit pénal international. Paris : Thémis, 1993, p. 23-27).Ver ainda: Henri Donnedieu de Vabres. Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international. *Reueil des cours de l'Academie de Droit International*, *70*, 1947, p. 485.

[12] Dentre os autores que adotam essa denominação, podem ser mencionados: Marcos Zilli, (*O último tango?...* p. 99) e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (O direito penal internacional. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Para entender o direito penal internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 01). Renato de Mello Jorge Silveira (Crimes Sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 201, nota 178) adota a mesma nomenclatura, mas reconhece, por seu turno, que se trata de ponto em relação ao qual há divergência. Na Alemanha a questão também não se encontra pacificada. Ao lado das conhecidas expressões *Völkerstrafrecht* e *Internationales Strafrecht*, há quem defenda a utilização do termo *völkerrechtliches Strafrecht*. Como esclarece Alicia Gil Gil (*Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 24-25, notas 4 e 5) esta última posição, defendida por Hoffmann (*Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht*. Frankfurt am Main-Berlin: Alfred Metzner Verlag, 1962, p. 21 e ss), foi corretamente criticada por Otto Triffterer (*Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*. Friburgo en Brisgovia, 1966, p. 25 e ss) que nesse caso identifica uma apropriação do termo utilizado por Hans-Joachim Jescheck, o qual, por seu turno, embora utilize os termos como sinônimos, prefere a nomenclatura tradicional, utilizando aquela somente para confrontar com o direito penal estatal. A autora mostra-se crítica, ademais, em relação à tradução do termo *Völkerstrafrecht* para "*derecho internacional penal*".

[13] Como esclarece o tradutor da obra de Bassiouni (*Derecho penal internacional*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 50), José Luís de la Cuesta, essa opção de tradução (do inglês International Criminal Law) decorreu da busca pela melhor compreensão das especificidades do pensamento do internacionalista.

[14] A esse respeito, interessante observar que, embora a afirmação de Alicia Gil Gil (*Derecho penal internacional…*, p. 21), no sentido de ser necessário incentivar a pesquisa científica em torno do tratamento estritamente penal desse ramo com o propósito de favorecer a criação de uma genuína Ciência do direito penal internacional, remonte a 1999, não há dúvida de que permanece atual.

[15] Esclarecedora, a esse respeito, passagem da entrevista concedida pela Juíza do Tribunal Sylvia Steiner (*Revista Anistia politica e justiça de transição 8*, 2013, p. 31) a Marcos Alexandre Coelho Zilli: "creio que esse é o coração do sistema de complementaridade. O incentivo ao exercício da jurisdição primária é mais do que um simples incentivo. A ratificação impõe, mesmo aos Estados, a obrigação de implementar as normas do Estatuto

outorgada, grosso modo, a tarefa de julgamento em sede primário dos crimes previsto nos respectivos instrumentos constitutivos. Essa premissa metológica ganhará contornos mais concretos nos Capítulos subsequentes.

---

em sua legislação interna, a fim de que os Estados possam exercer sua jurisdição primária no caso de cometimento dos crimes previstos no Estatuto".

PARTE I – A ESTRADA ATÉ ROMA

"'Eu não sou responsável', diz o kapo'.

'Eu não sou responsável', diz o oficial.

'Eu não sou responsável' ...

Então quem é responsável?" [16].

Essa passagem do filme *Noite e Neblina* ilustra de forma singular um dos maiores desafios da Justiça penal internacional, qual seja identificar e trazer a julgamento e, em sendo o caso, condenar e aplicar a pena cabível aos autores de crimes internacionais[17], os quais muito provavelmente sairiam impunes caso não houvesse esforço da comunidade dos Estados voltado ao estabelecimento de jurisdição penal internacional para julgamento das atrocidades cometidas.

A importância da responsabilização penal – neste caso em nível internacional – dos acusados do cometimento de crimes de tamanha gravidade foi evidenciada na célebre passagem do julgamento de Nuremberg: "crimes contrários ao direito internacional são cometidos por homens e não por entes abstratos e somente a punição desses indivíduos garantirá a aplicabilidade dessas normas"[18].

Ao traçar as raízes dos movimentos totalitários da Alemanha nazista e da Rússia soviética, Hannah Arendt afirma que o anti-semitismo, o imperialismo e o totalitarismo

---

[16] Jean Cayrol. Nuit et Brouillard. Clamecy, France: Éditions Mille et une nuits, 2010, p. 28. O documentário traz impactante montagem da realidade vivida nos campos de concentração nazistas, tendo recebido diversos prêmios.

[17] Ver esclarecimentos preliminares, *supra*.

[18] "Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced" (*American Journal of International Law 41*, 1947, p. 221 (p. 172-333).

"demonstraram que a dignidade humana precisa de nova garantia, somente encontrável em novos princípios políticos e em uma nova lei na terra"[19].

Atualmente – passados mais de 60 anos do Holocausto e do julgamento de Nuremberg[20] – diante do pano de fundo das últimas décadas de sucessivos conflitos armados, ditaduras e genocídios, se de um lado pode-se afirmar que a humanidade encontra-se distante desta "nova lei"[21], por outro, pode-se considerar que a progressiva consolidação da Justiça penal internacional representa uma das luzes a brilhar no fim do túnel[22].

Assim, apesar das múltiplas e diversificadas críticas[23] que são comumente suscitadas, há que ser reconhecida a mudança de paradigma que essa evolução trouxe consigo. Dois são os "dogmas" que foram substancialmente esvaziados em razão desse movimento: a quebra do mito do monopólio estatal do *ius puniendi* e a responsabilização exclusivamente dos Estados pelo direito internacional[24].

A progressiva construção da Justiça penal internacional e o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional devem ser vistos neste contexto como impulso decisivo da comunidade internacional no sentido de buscar a realização do ideal de construção um mundo livre do "flagelo da guerra". A atuação do Tribunal, há mais de dez anos, consistente no

---

[19] Hannah Arendt. *Origens do Totalitarismo. Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 13.

[20] Ver capítulo I, *infra*.

[21] Os regimes de exceção e os massacres permanecem como triste traço distintivo do último centenário. Conforme esclarece o Prof. Cherif Bassiouni (Crimes Against Humanity - The Case for a Specialized Convention. *Washington University Global Studies Law Review 9*, 4, 2010, p. 575), neste período o número de pessoas mortas em diversas espécies de conflitos e regimes de exceção ultrapassa qualquer outro período da história.

[22] Bem colocadas, nesse sentido, as palavras de Marcos Alexandre Coelho Zilli (*O último tango?* In: SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum. 2009, p. 99): "paradoxalmente, deve-se às atrocidades à dignidade do ser humano, tão frequentes em um século conturbado por conflitos armados e manifestações de intolerância, o impulso definitivo da consciência mundial rumo a uma cultura de combate à impunidade e à manutenção de um estado de paz e de segurança mundial".

[23] Algumas serão oportunamente discutidas nos Capítulos subsequentes.

[24] Ver Capítulo III.4, *infra*.

processo e julgamento dos acusados do cometimento de crimes[25] atentatórios a bens jurídicos e valores comuns e fundamentais da humanidade representa, dessa forma, uma quebra de paradigmas. Outro aspecto dessa mudança é evidenciado por Celso Lafer em Prefácio à obra de Cláudia Perrone-Moisés, quando afirma que "a lógica de Nuremberg aponta para uma nova camada do direito internacional, na qual normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* vem encontrando espaço"[26].

De certa forma, pode-se identificar o eco das palavras de Donnedieu de Vabres na recente entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional[27] quando afirma que o trabalho iniciado em Nuremberg somente revelará sua verdadeira *raison d'être* e se justificará perante a opinião pública se for continuado[28]. Como advertido ao término do filme *Noite e Neblina*, "há nós, que sinceramente enxergamos essas ruínas como se o velho monstro totalitário estivesse morto sob os escombros, que fingimos retomar a esperança diante dessa imagem que se distancia, como se estivéssemos curados da peste totalitária, nós que fingimos acreditar que tudo isso diz respeito a um outro tempo e a somente um país e que não pensamos em olhar ao redor de nós e que não entendemos que o grito permanece vivo"[29]. Não

---

[25] Ver esclarecimentos preliminares, *supra*.

[26] Celso Lafer. Prefácio In Cláudia Perrone-Moisés. Direito penal internacional... p. xiv. Em relação ao embate das lógicas de Lótus e de Nuremberg, a internacionalista (*Ibid*, p. *xxvii*) é firme ao afirmar que, em se tratando de crimes internacionais, é esta que deve prevalecer.

Para ilustrar a perspectiva soberanista prevalente na célebre decisão da Corte Internacional de Justiça pode-se trazer o seguinte trecho (Arrêt du 7 septembre 1927): « Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs » (p. 18). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf> Consulta: 26.11.2011.

[27] Ver Capítulo III, *infra*.

[28] Henri Donnedieu de Vabres. Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international. *Reueil des cours de l'Academie de Droit International*, t. 70, 1947, p. 487: "'*le statut, dit le Tribunal, ne constitue pas l'exercice arbitraire, par les nations victorieuses, de leur suprématie. Il exprime le Droit international en vigueur au moment de sa création; il contribue, par cela même, au développement de ce Droit'. C'est ce développement que le Tribunal entend poursuivre, dans un esprit à la fois traditionnel et novateur, respectueux des vérités consacrées par l'expérience, méfiant à l'égard de certaines audaces, sensible, toutefois, aux exigences accrues d'« un monde changeant». Son effort s'applique à l'examen successif des griefs énoncés dans l'acte d'accusation, des exceptions auxquelles ces griefs se heurtent, des moyens de défense tirés des règles générales sur la responsabilité. Nous le suivrons dans ce travail d'analyse, avec l'espoir d'en dégager quelques perspectives sur l'avenir d'une ouvre qui a ses racines dans le passé, mais qui ne manifestera sa pleine raison d'être et ne sera justifiée aux yeux de l'opinion publique que si elle est continuée*".

[29] Jean Cayrol. Nuit et Brouillard. Clamecy, France: Éditions Mille et une nuits, 2010, p. 40 : "Il y a nous que regardons sincèrement ces ruines comme si le vieux monstre concentrationnaire était mort sous les décombres,

seriam os campos de concentração criados na década de 1990 na ex-Iugoslávia; as pilhas de crânios das vítimas do *Khmer Rouge* no Camboja, sinistramente semelhantes às do regime nazista; as crianças de mãos amputadas na África em razão dos conflitos armados que disputam o domínio das riquezas naturais da região; a utilização recente de armas químicas na guerra na Síria algumas das provas de que esse grito silencioso e penetrante permanece vivo?[30]

À luz dessas breves considerações, exsurge a relevância de serem discutidas e avaliadas criticamente a responsabilidade e culpabilidade penais de cada indivíduo implicado no plano criminoso estabelecido por tais regimes totalitários ou de exceção. Contudo, em vista das características específicas desses sistemas[31] e dos crimes cometidos[32], na maior parte dos casos mostra-se extremamente difícil e complexa a identificação do papel do acusado na execução do crime que lhe é imputado.

Dessa forma, ao longo da evolução da Justiça penal internacional[33], um dos grandes desafios enfrentados pelas partes envolvidas e, em maior grau, pelos juízes internacionais relaciona-se à dificuldade de subsumir os crimes imputados pela acusação aos acusados às categorias de intervenção no fato punível previstas nos respectivos instrumentos jurídicos constitutivos. Assim, ganha ainda maior relevo o caráter revolucionário do reconhecimento da possibilidade de repressão penal diretamente pelo direito internacional

---

qui feignons de reprendre espoir devant cette image qui s'éloigne, comme si on guérissait de la peste concentrationnaire, nous qui feignons de croire que tout cela est d'un seul temps et d'un seul pays, et qui ne pensons pas à regarder autour de nous et qui n'entendons pas qu'on crie sans fin"

[30] Como afirma Delmas-Marty (Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (org.), Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. São Paulo: Manole. 2004. p. 61-72) diante desse panorama, "a busca de valores comuns é a única resposta realista, pois é a única que permite escapar à vingança em cadeia" e "fundar uma paz durável".

[31] Kai Ambos (*La parte general del derecho penal internacional – Bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 44), apoiado-se no ensinamentos de Herbert Jäger, define esta "macrocriminalidade" como "'comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva'", a qual se diferencia não só da criminalidade comum como também das relacionadas ao denominado crime transnacional "debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado".

[32] Ver esclarecimentos preliminares *supra*.

[33] Conforme afirmam BAZELAIRE, Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin (*A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Trad. de Luciana Pinto Venâncio. São Paulo: Manole, 2004, p. 112): trata-se de Justiça "em transformação que levanta tantas questões quanto resolve".

quando confrontado com a forma como esses crimes eram cometidos. Nas palavras do juiz francês em Nuremberg, "os homens de Estado, administradores, financiadores, propagandistas, chefes militares", responsáveis pelo planejamento e coordenação do plano criminoso e cujos atos não possuíam "localização geográfica precisa", sairiam impunes em razão da inexistência de jurisdição competente para realizar o julgamento desses crimes[34].

Embora não conte com o grau de desenvolvimento do direito interno existente na maioria dos Estados[35], claro está que inúmeros são os institutos jurídicos que evoluíram nessa caminhada de Nuremberg à Haia. Em termos gerais pode-se afirmar que há um movimento pendular na progressiva consolidação do princípio da responsabilidade penal individual na evolução do direito penal internacional. Em Nuremberg, ao lado da condenação de alguns dos "maiores criminosos de guerra", foram declaradas como organizações criminosas pelo Tribunal o Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP, *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*), as Waffen-SS (Esquadrão armado de proteção) e a Gestapo, Polícia Secreta do Estado (*Geheime Staatspolizei*)[36].

Essa tendência já por ocasião da aprovação dos Princípios de Nuremberg foi abandonada tendo sido reconhecido como princípio geral do direito internacional apenas o da responsabilidade penal individual[37]. Como se sabe, posteriormente, no âmbito dos Tribunais

---

[34] Henri Donnedieu de Vabres. Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international. *Recueil des cours de l'Academie de Droit International*, t. 70, 1947, p. 482: "*Il était constant que les auteurs communs des crimes de guerre, […] aux tribunaux militaires des Etats que ces actes avaient lésés. Mais les hommes d'Etat, administrateurs, financiers, propagandistes, chefs militaires, dont procédait l'initiative et la direction criminelle, les « grands criminels de guerre » dont l'activité, suivant les termes de l'accord du 8 août 1945, est 'sans localisation géographique précise' parce qu'elle rayonne sur tous les théâtres des hostilités, étaient restés pénalement indemnes, faute de juridiction*".

[35] Conforme afirma reiteradamente Antonio Cassese cuida-se de ramo recente do direito. Como se verá (Capítulo III, *infra*), a aprovação do Estatuto de Roma representa momento decisivo na evolução e aperfeiçoamento de sua codificação.

[36] Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Trad. de Luciana Pinto Venâncio. São Paulo: Manole, 2004, p. 45.

[37] Neste momento interessam especialmente os Princípios I e II. O primeiro traz a responsabilidade penal individual pelo cometimento de crimes internacionais ("any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment"), ao passo que o segundo estatui a irrelevância da inexistência de lei penal doméstica para fins de responsabilização direta pela direito internacional ("the fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law)". O texto foi adotado pela Comissão de Direito Internacional em sua segunda Sessão em 1950 e aprovado pela Assembleia

ad hoc na ONU, foram desenvolvidas hipóteses de responsabilização penal chamadas empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*) I, II e III[38]. Como logo se esclarecerá, apesar de não chegarem ao ponto de incorporarem responsabilidade penal do ente coletivo como foi feito em Nuremberg, há extensão da punibilidade a agentes que não necessariamente participaram do ato criminoso por fazerem parte do plano comum e poderem prever que crimes dessa gravidade poderiam ser cometidos[39].

Em face do exposto, importa, sempre tendo-se em mente o objetivo do presente estudo, avaliar, ainda que de forma sucinta, algumas das hipóteses de responsabilidade penal desenvolvidas e aplicadas pela jurisprudência desses Tribunais (Capítulo I) que possam contribuir à compreensão da figura da autoria mediata por meio de autor plenamente culpável, incorporada ao Estatuto de Roma[40].

Em seguida, no Capítulo II, com vistas ao favorecimento de avaliação aprofundada e crítica da jurisprudência do TPI a respeito do tema, buscar-se-á a contextualização da teoria da autoria mediata em razão de aparatos organizados (AM-AOP) na visão de seu criador, Claus Roxin, de forma articulada com a discussão do *caso Eichmann*, julgado pela Suprema Corte de Israel, em 1962, e com alguns casos da jurisprudência alemã recente nos quais é utilizada como fundamento.

Geral em 11.12.1946. Disponível em <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf>. Acesso: 10.11.2013.

[38] Como se verá, a terceira hipótese, também denominada de empresa criminal conjunta "estendida" é a que suscitou maior discussão na prática dos tribunais ad hoc e no meio acadêmico.

[39] Ver Capítulo I.4, *infra*.

[40] Artigo 25(3)(a), terceira hipótese. Como adiante se verá nesse aspecto a jurisprudência do TPI se distancia explícita e significativamente dos posicionamentos adotados pelos Tribunais anteriores.

CAPÍTULO I – A RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL NA EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Conforme pontuado no item anterior o presente Capítulo tem por escopo contextualizar e discutir brevemente alguns dos casos que compõem a história do direito penal internacional cujas fundamentações tragam perspectivas relevantes para a discussão da figura da autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder no Capítulo III[41].

I.1) Antecedentes de Nuremberg

A evolução da Justiça penal internacional costuma ser dividida pela doutrina em determinados períodos de tempo que permitem a melhor compreensão das características marcantes de cada época. Assim, partindo-se da premissa de que Nuremberg indiscutivelmente marca um divisor de águas, convém fazer referência a alguns acontecimentos anteriores que podem ser vistos como antecedentes da progressiva consolidação do direito penal internacional.

Assim, ao lado de antecedentes mais remotos – dentre os quais pode ser mencionado o julgamento de Peter Von Hagenbach, em 1474, por 26 Juízes do Sacro Império Romano sob a acusação de ter cometido "crimes contra as leis naturais e de Deus"[42] – a

[41] Assim, seja pela ausência de aplicação da hipótese de intervenção no fato punível mencionada, seja pela menor influência exercida pelos seus precedentes no âmbito da jurisprudência do TPI, alguns dos tribunais que atualmente compõem a Justiça Penal Internacional não entraram na análise desse Capítulo. Podem ser mencionados: "The Special Court of Sierra Leone", instaurada em decorrência de um acordo, de 16.01.2002, entre as Nações Unidas e Serra Leoa; "the Special Panels for Serious Crimes" do Timor Leste, cuja jurisdição foi estabelecida pela Seção 10, do Regulamento nº 2000/2011 da "United Nations Transitional Administration in East Timor"; "the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia" estabelecidas por uma lei aprovada no Parlamento do Camboja após negociações com a ONU; "the War Crimes Chamber" estabelecida como uma das Seções das "Criminal and Appellate Divisions of the Court of Bosnia and Herzegovina" e o "Special Tribunal for Lebanon", estabelecido em 30.05.2007 pela Resolução nº 1757/2007 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. O Tribunal Militar para o Extremo Oriente não foi incluído pelo fato de que, como pontua Robert Cryer (Tokyo International Military Tribunal. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press. 2009, p. 535-6), basicamente seguiu a jurisprudência de Nuremberg não tendo ocorrido aplicação, ainda que indireta, das teorias de autoria mediata.

[42] Na visão de Cherif Bassiouni (*International Criminal Justice in Historical Perspective: The Tension Between State's Interests and the Pursuit of International Justice* In: CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press. 2009. p. 132) trata-se do primeiro precedente do poder punitivo internacional: "the history of international criminal justice can be said to have its first precedent with the 1474 Breisach trial, were 26 judges of the Holy Roman Empire presided over the case of

tentativa de julgamento do Kaiser Guilherme II após a Primeira Guerra Mundial é citada pela maioria dos estudiosos como passo importante na construção dessa longa estrada que leva à Roma[43].

Nas palavras de Antonio Cassese, apesar de não ter havido julgamento impõe-se o reconhecimento do mérito dos esforços na medida em que são a antevisão da necessidade de jurisdição penal internacional em um tempo no qual a soberania do Estado "ainda era a pedra fundamental da comunidade internacional"[44].

Interessante observar que, a despeito do fracasso referido e da cultura internacional preponderantemente calcada na lógica da supremacia do Estado, no período subsequente identificou-se fortalecimento do sistema de responsabilização internacional graças, conforme esclarece Marcos Zilli, a um renascimento do jusnaturalismo[45].

I.2 – Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

A relevância do julgamento de Nuremberg indiscutivelmente extrapola a dimensão jurídica não sendo poucas as indagações[46] que permanecem, ainda hoje, sem

---

Peter Von Hagenbach, who was accused of committing 'crimes against the laws of nature and God' in the sacking and the pillaging of the city of Breisach". No mesmo sentido Wiliam A. Schabas, *An Introduction to International Criminal Court*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 01. Com entendimento diverso, Cláudia Perrone-Moisés defende que esse precedente pode ser identificado "na positivação, no século XIX, do direito da guerra" (*Direito internacional penal – Imunidades e anistias*. São Paulo: Manole, 2012. p. 16).

[43] O estabelecimento de um Tribunal *ad hoc* para o julgamento estava previsto no artigo 227 do Tratado de Versalhes. O imperador nunca foi julgado por ter conseguido asilo na Holanda, neutra na guerra e cujo governo entendeu que as acusações representavam lei penal retroativa. Wiliam A. Schabas, (*An Introductio….*, p. 03) traz interessante informação em relação ao entendimento da delegação norteamericana quando das negociações: "responsibility for breach of international conventions, and above all for crimes against 'the laws of humanity' – a reference to civilian atrocities within a State's own borders – was a question of morality, not law".

[44] Antonio Cassese (From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I A). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 05): "such early attempts were laudable for their far-sighted recognition of the need for an international organ of criminal jurisdiction".

[45] Marcos Alexandre Coelho Zilli. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*. Tese de Doutorado apresentada na FDUSP, 2006 (no prelo), p. 34.

[46] Elucidativo nesse ponto: Giorgio Agamben. Quel che resta di Auschwitz – L'archivio e il testimone. Torino: Bollati Boringhieri ed., 1998.

resposta satisfatória. Hannah Arendt, com a visão crítica e em profundidade que lhe é inerente, ponderou, em relação ao nazismo, que "na época o próprio horror, na sua nua monstruosidade, parecia, não apenas para mim, mas para muitos outros, transcender todas as categorias morais e explodir todos os padrões de jurisdição; era algo que os homens não podiam punir adequadamente, nem perdoar"[47]. Em obra dedicada à avaliação do *Shoah* sob a ótica moral Tzvetan Todorov faz ver que o século XX será lembrado para sempre pelos campos de concentração[48]. Do quanto exposto, conclui-se que foge do escopo da presente pesquisa buscar respostas tão difíceis para questões que talvez nunca venham a ter uma solução.

Contudo, ainda que se pense sob a ótica eminentemente jurídica, caberia indagar: existiriam categorias de imputação aptas a traduzirem a reificação máxima do homem quando este é transformado no escravo de uma indústria da morte[49] na qual, após seu óbito, seus restos mortais são utilizados com a maior eficiência possível para a fabricação de tapetes ou sabão? Seria possível a construção de teoria do delito capaz de servir de moldura à subsunção de atos de tamanha gravidade? Não se tem a pretensão de equacionar essas indagações nesse trabalho. Consignada a premissa de que em determinadas situações "extremas" a fronteira que separa a realidade dos fatos das teorias jurídicas é quase instransponível[50], resta possível avaliar em que medida o julgamento de Nuremberg contribuiu para o desenvolvimento da responsabilidade penal individual.

---

[47] Hannah Arendt. *Responsabilidade e Julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 85. Em outra passagem (*Ibid*, p. 86) a autora sublinha um dos aspectos do complexo problema jurídico colocado pelo regime nazista, a introdução da criminalidade no domínio público. Este aspecto, como se verá desempenha papel de destaque na compreensão das diferentes formas de criminalidade julgadas no âmbito da Justiça penal internacional e, consequentemente nas diversas hipóteses de intervenção no fato punível.

[48] Tzvetan Todorov. *Face à l'extreme*. Paris: Seuil, 1991.

[49] Denominadas por Fábio Konder Comparato (A afirmação histórico dos direitos humanos, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23) de "gigantescas máquinas de despersonalização de seres humanos". doNesse contexto, como avaliar a expressão inscrita do frontão do campo de concentração de Auschwitz "Arbeit macht frei" (o trabalho liberta)?!

[50] Contundentes, a esse respeito, as palavras de Susan Sontag: "o primeiro contato de uma pessoa com o inventário fotográfico do horror supremo é uma espécie de revelação, a revelação tipicamente moderna: uma epifania negativa. Para mim foram as fotos de Bergen-Belsen e Dachau, com que me deparei por acaso numa livraria... Quando olhei para essas fotos, algo se partiu, algum limite foi atingido", *apud* Cláudia Perrone Moisés *Direito internacional penal...* p. *vii*.

Como já referido, ao lado da declaração do caráter criminoso de alguns dos órgãos do Estado alemão nazista – o NSDAP, as Waffen-SS e a Gestapo – o julgamento, cujas sessões se prolongaram de 20.11.1945 a 01.10.1946 – apreciou a culpa de vinte e quatro suspeitos do cometimento de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade. Martin Bormann foi julgado *in absentia* e condenado à morte, mas a pena não foi executada, acredita-se que tenha morrido quando fugia do bunker do Führer; Hermann Wilhelm Göring condenado à morte, mas cometeu suicídio para escapar à pena capital; Robert Ley também cometeu suicídio antes do julgamento; Gustav Krupp von Bohlen und Halbach foi declarado inapto por razões médicas e os demais foram julgados normalmente[51].

Apesar da indiscutível notoriedade alcançada pelo veredicto de Nuremberg, há diversos aspectos que suscitam críticas e entendimentos divergentes. Assim, afigura-se correto afirmar que efetivamente se tratou de jurisdição instaurada *ex post facto*[52] e expressão da *Victor's Justice* na medida em que a turma julgadora era composta por juízes de

---

[51] Conforma informa Christoph Burchard. (Göring and Others. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 697-699) parte dos sentenciados foram condenados à morte por enforcamento: Hans Frank (President of the International Chamber of Law and Academy of German Law, Governor General of Occupied Polish Territories); Wilhelm Frick (Minister of the Interior) morto por enforcamento; Alfred Jodl (Colonel General); Ernst Kaltenbrunner (Head of the Reich Main Security Office); Wilhelm Keitel (Field Marshal); Joachim von Ribbentrop (Reich Minister of Foreign Affairs); Alfred Rosenberg (Special Delegate for the entire Spiritual and Ideological Training of the Nazi Party); Fritz Sauckel (Plenipotentiary for the Nazi slave labour programme) defendido pelo Dr. Robert Servatius (também advogado de Eichmann no julgamento perante a Corte Distrital de Jerusalém) e Artur Seyss-Inquart (Chancellor of Austria). Ao passo que os demais réus foram condenados às seguintes penas, respectivamente: Karl Doenitz (Commander-in-Chief of the U-boat arm, Grossadmiral, Commander-in-Chief of the German Navy, Successor to Hitler as Head of the German Government), 10 anos de prisão; Walter Emanuel Funk (Reich Minister of Economics) prisão perpétua (foi perdoado em 1957 por razões de saúde); Rudolf Hess (Deputy to Hitler) prisão perpétua (em seu dissenso, o Juiz Nikitchenko se posiciona a favor da pena capital); Constantin von Neurath (Reich Minister of Foreign Affairs), 15 anos de prisão (foi perdoado em 1954 por razões de saúde); Erich Raeder (Grossadmiral) prisão perpétua (foi perdoado em 1955 por razões de saúde); Baldur von Shirach (Head of the Hitler Jugend), 20 anos de prisão; Albert Speer (Reich Minister for Armament and Munitions), 20 anos de prisão e Julius Streicher (Editor-in-Chief of the private anti-Semitic newspaper 'Der Stuermer') também à 20 anos de prisão. Os três declarados inocentes, por seu turno, foram: Hans Fritzsche (Editor-in-Chief of the Official German news agency), devendo ser consignado o dissenso do Juiz Nikitchenko; Franz von Papen (Reich Chancellor); Hjalmar Schacht (Minister of Economics) com dissenso do Juiz Nikitchenko.

[52] A esse respeito Hans-Heinrich Jescheck (The general principles of International Criminal Law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute, *JICJ* 2, 2004, p. 41), adota o entendimento de que em tese teria havido violação do princípio da legalidade pela inclusão dos crimes contra a paz e dos crimes contra a humanidade, mas pondera que em relação a esse crimes: "the IMT followed Article 6(a) and (c) as strictly binding occupation law: 'The law of the Charter is decisive, and binding upon the Tribunal'. However, it also invoked the argument that '[t]he Charter . . . is the expression of international law existing at the time of its creation'".

nacionalidade dos países Aliados vencedores da 2ª Guerra Mundial (Estados Unidos, França, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) [53].

Em relação ao contexto político de negociação do estabelecimento do Tribunal de Nuremberg pelos Aliados, há que se fazer menção à reação americana em face do intento britânico de simplesmente prender e enforcar os principais criminosos de guerra na medida em que não se deveria "perder tempo com procedimentos legais". Na lição de Antonio Cassese, contrários a esse entendimento, os americanos sustentaram uma série de argumentos. Questionou-se em primeiro lugar "como poderia um inimigo derrotado ser condenado sem um devido processo penal?". Pertinente a conclusão do autor italiano no sentido de que "enforcá-los sem julgamento significaria acabar com um dos pilares da democracia: ninguém pode ser considerado culpado sem que os crimes que lhe são imputados sejam provados em um julgamento justo"[54].

Há parte da doutrina, por outro lado, que coloca a ênfase da avaliação do julgamento no fato de que, em termos jurídicos, a sentença não desenvolveu a fundo os institutos previstos no seu instrumento constitutivo[55]. Assim, John Heller afirma que pouco de

---

[53] Sob a ótica processual, poder-se-ia argumentar que o artigo 12 do Estatuto ofende o direito de audiência do acusado, ou seja, o direito do suspeito ser ouvido pela autoridade judicial competente para que possa apresentar sua versão dos fatos e se defender das imputações que lhe são feitas, eis que admitiu-se, como visto, julgamentos *in absentia*: "the Tribunal shall have the right to take proceedings against a person charged with crimes set out in Article 6 of this Charter in his absence, if he has not been found or if the Tribunal, for any reason, finds it necessary, in the interests of justice, to conduct the hearing in his absence".

Disponível em: < http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>. Consulta: 10.07.2013.

[54] Antonio Cassese. *International Criminal Law*... p. 320.

[55] Em relação à responsabilidade penal individual, fundamental o artigo 6:

"The Tribunal established by the Agreement referred to m Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) CRIMES AGAINST PEACE: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

jurídico pode ser identificado: "quase nada em relação aos modos de participação, defesas e sentença", mesmo a discussão em torno dos crimes é, na sua visão, em boa medida rasa e assistemática[56].

A despeito disso, há que ser reconhecida a relevância do julgado por diversas outras razões. A criação da figura dos crimes contra a humanidade é um avanço decisivo na história do direito. A esse respeito elucidativo o magistério de Antonio Cassese, ao informar que a criação do tipo penal – o qual como se sabe, não gozava ainda de plena autonomia por estar vinculado ao crime de guerra – representou uma resposta da comunidade internacional apontando para a necessidade de que fosse ampliada a categoria dos "crimes considerados de interesse 'supra nacional'". Na visão do autor, os crimes contra a humanidade deveriam abarcar todos os atos contrários aos valores que são, ou deveriam ser, considerados como inerentes ao ser humano"[57].

Por outro lado, como visto, inaugura-se nova fase no direito penal internacional com o reconhecimento da viabilidade de persecução penal diretamente pelo direito internacional[58], ainda que em contradição com a legislação dos Estados e com a efetiva aplicação de penas a indivíduos que muito provavelmente sairiam impunes caso não houvesse

---

(b) WAR CRIMES: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan".

[56] (p. 03)

[57] Antonio Cassese. *International Law...* Op. cit. p. 440.: "this category came to include all acts running contrary to those basic values that are, or should be, considered inherent in any human being (in the notion, humanity did not mean 'mankind' or 'human race' but 'the quality' or concept of human being".

[58] Nas palavras de Robert Cryer (*Nuremberg International Military Tribunal*. In: CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press. 2009, p. 441): "it was the first modern international tribunal applying ICL directly to individuals".

o concerto internacional nesse sentido[59] em razão, dentre outros motivos da forma como os crimes eram cometidos[60].

Ademais, começam a ser delimitados os primeiros contornos da imputação dos crimes internacionais. Nesse diapasão, Kai Ambos coloca em evidência dois aspectos fundamentais: o reconhecimento pelo Tribunal Militar de que o princípio da culpabilidade individual traz como consequência a necessidade de que "o acusado tenha conhecimento das circunstancias do crime", bem como que "punições em massa devem ser evitadas" [61].

Digna de ser referida também a ponderação de Stefano Manacorda reconhecendo que as reflexões filosóficas em torno dos crimes do nacional-socialismo

---

[59] Como evidenciado por Henri Donnedieu de Vabres (Le procès de Nuremberg..., p. 482): "pour la première fois, leur responsabilité était mise en ouvre devant un tribunal répressif international. Pour la première fois, le prétexte tiré du caractère public de leurs actes et de la responsabilité de l'Etat personne morale, qui, prétendait-on, les couvrait, était écarté. Pour la première fois, ils expiaient personnellement leurs forfaits". Por outro lado, a ponderação do autor, acima referida, ganha novas facetas quando confrontada com traços fundamentais do direito penal da Alemanha nazista. Conforme pontua Miguel Reale Júnior (Teoria do Delito. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 25-6), o princípio do nullum crimen, nulla poena sine lege foi transformado em "concepção material segundo a qual a configuração do delito depende do espírito da lei ou do são sentimento do povo", de maneira que "se caracteriza o delito pela vontade delituosa do agente, vontade rebelde que se insurge contra a ordem que regula e abraça a vida da comunidade do povo, como 'violação do dever de fidelidade que liga o indivíduo ao Estado'". Elucidativa também a obra de Francisco Muñoz Conde. Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 4ª ed., revisada y ampliada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. O autor faz minuciosa análise da atuação acadêmica e profissional de Edmund Mezger no regime nazista para demonstrar a influência da forma como foram tratadas as questões dos delinquentes habituais e da culpabilidade na evolução posterior da politica criminal e da dogmática jurídico penal na Alemanha. Interessante a passagem em que o autor faz referência ao "baú de venenos" (Giftschrank) existente na Faculdade de Heildelberg na década de 1960 citado por Schlink no qual eram guardados os livros relacionados ao passado nazista. Parece haver, assim, um eco de experiência pessoal do escritor da novela O Leitor (Bernhard Schlink. The Reader. Trad. Carol Brown Janeway. New York: Vintage Books, 1997, p. 169) na fala do protagonista quando diz "whatever validity the concept of collective guilt may or may not have, morally and legally–for my generation of students it was a lived reality".

[60] Como referido acima, um dos aspectos colocados em destaque no julgamento foi a ausência de localização precisa dos crimes. Nos termos do Acordo de Londres: "article 1: There shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location whether they be accused individually or in their capacity as members of the organizations or groups or in both capacities. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>. Consulta: 12.11.2013.

[61] Kai Ambos. Individual Criminal Responsibility in international criminal law: a jurisprudential analisys – from Nuremberg to the Hague In: MCDONALD, Gabriele Kirk; SWAAK-GOLDMAN, Olivia. (org.). Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law – The Experience of International and National Courts. The Hague: Kluwer Law International. 2000, p. 8: "the MIT referred to the guilt principle in the context of the question of criminal accountability of certain Nazi-organizations, stating that 'one of the most important [legal principles]… is that criminal guilt is personal, and that mass punishments must be avoided'".

favorecem o encaminhamento da apreciação da responsabilidade penal sob a ótica de um juízo individualizante[62].

Sopesadas as posições acima mencionadas, mostra-se muito apropriado o recorte analítico desenvolvido por Christoph Burchard quando afirma que "as expectativas idealistas" em torno do Tribunal Penal Internacional autorizam a caracterização do legado de Nuremberg a partir da passagem comovente do discurso final do chefe de acusação inglês no julgamento: "esse julgamento deve compor a pedra fundamental da história das civilizações, não somente por retribuir os crimes cometidos pelos culpados, não apenas por sublinhar que o direito deve ao final prevalecer sobre o mal, mas também que as pessoas comuns do mundo (e não faço nenhuma distinção entre amigos e adversários) estão a partir de agora determinadas a que o indivíduo transcenda o Estado"[63].

I.3 – Os Tribunais Militares instituídos pela Lei do Conselho de Controle nº 10

A atenção que normalmente é dedicada ao Tribunal de Nuremberg não pode levar à equivocada conclusão de que o trabalho dos Tribunais Militares instituídos pela Lei do Conselho de Controle nº 10 (LCC nº 10) seja de menor importância. Há que se reconhecer os inúmeros aspectos jurídicos desenvolvidos e aprofundados pelos juízes dos Tribunais instituídos na zona americana. Dentre eles, interessa ao presente estudo avaliar especialmente os casos[64] nos quais pode-se identificar a aplicação indireta da figura da autoria mediata em razão de aparatos de poder. Antes, entretanto, convém contextualizá-los brevemente.

---

[62] Stefano Manacorda. *Imputazione Collettiva e Responsabilità Personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*. Turin: G. Giappichelli, 2008, p. 48: "la più autorevole riflessione filosofica maturata sui crimini del nazionalsocialismo contribuisce consapevolmente ad *orientare il giudizio penale nel senso di un rimprovero individualizzato*". Por outro lado, o autor indica mudança de paradigma nesse campo de discussão ao colocar em evidência que "contemporaneamente agli studi sul terzo *Reich*, una certa attenzione verrà dedicata in campo filosofico all'incidenza sulla sfera di autonomia individuale connessa non alla sottoposizione ad un potere politico quale era stato il nazionalsocialismo, bensì alla inclusione del singolo in un apparato tecnologico e spersonalizzante".

[63] Christoph Burchard. Göring and Others. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 701.

[64] Os casos julgados (com as diversas denominações) e as respectivas datas de julgamentos são: caso dos médicos, caso EUA v. Brandt e outros, caso 1 (20.08.1947); caso Milch, caso EUA v. Milch, caso 2

Em judicioso estudo sobre o tema Kevin Jon Heller sustenta que a jurisprudência desses Tribunais são de muito maior importância que a de seu predecessor. Nesse sentido, por um lado reconhece que há entendimentos equivocados dos juízes dos Tribunais em relação ao conteúdo do direito penal internacional da época, mas, por outro, coloca em destaque a fundamentação das decisões proferidas em torno de temas como: a intepretação extensiva dos crimes contra a paz no sentido de serem também incluídos guerras de agressão e invasões sem confrontos (*bloodless invasions*) (*caso Ministries*); a delimitação precisa entre *jus ad bellum* e *jus in bello* (*caso Hostage*); o reconhecimento da proibição pelo direito internacional de crimes contra a humanidade praticados em tempos de paz e não conexos com guerra de agressão *(caso Einsatzgruppen);* a condenação dos suspeitos pelo cometimento de genocídio (*caso Justice*); a adoção de um sistema refinado de responsabilidade coletiva (*enterprise liability*) que distinguia entre planejadores (*creators*) e executores (*executors*) (*caso Pohl*) e o reconhecimento de que o direito internacional humanitário limita a "necessidade militar" mesmo nos casos e que o resultado seja "a perda de uma batlha ou de uma guerra". O autor reconhece, outrossim, que os julgamentos foram decisivos para a compreensão da transformação dos Tribunais alemães em "um sistema nacionalmente organizado de injustiça e perseguição"[65].

A definição dos crimes[66] e a disciplina das formas de imputação são trazidas respectivamente nos artigos II(1) e II(2), da LCC nº 10. Interessante observar que embora

---

(17.04.1947); caso dos juristas, caso EUA v. Altstötter e outros, caso 3, Justice case (04.12.1947); caso Pohl, caso EUA v. Pohl e outros, caso 4 (03.11.1947); caso Flick, caso EUA v. Flick e outros, caso 5 (22.12.1947); caso IG-Farben, caso EUA v. Krauch e outros, caso 6 (29.07.1948); caso dos reféns, caso EUA v. List e outros, caso 7 (19.02.1948); caso contra a Oficina Central de Segurança do Reich (caso genocidium), caso EUA v. Greifelt e outros, caso 8 (10.03.1948); caso contra os grupos de choque (Einsatzgruppen), caso EUA v. Ohlendorf e outros, caso 9 (10.04.1948); caso Krupp, caso EUA v. Krupp e outros, caso 10 (31.07.1948); caso Wilhelmstraßen, caso dos Ministros, caso EUA v. von Weizsäcker e outros, caso 11 (12.12.1949) e caso do comando superior das Forças Armadas, caso EUA v. von Leeb e outros, caso 12 (28.10.1948).

[65] Kevin Jon Heller. The Nuremberg Military Tribunal and the origins of international criminal law. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 03.

[66] "1. Each of the following acts is recognized as a crime:

(a) Crimes against Peace. Initiation of invasions of other countries and wars of aggression in violation of international laws and treaties, including but not limited to planning, preparation, initiation or waging a war of aggression, or a war of violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.

(b) War Crimes. Atrocities or offenses against persons or property constituting violations of the laws or customs of war, including but not limited to, murder, ill treatment or deportation to slave labour or for any other purpose,

sejam diversas as hipóteses de responsabilização – para citar algumas: partícipe (*an accessory to the commission*), ordenar (*ordered*), encobrir (*abetted*), conscientemente tomar parte (*took a consenting part therein*), envolvimento nos planejamentos relacionados a sua comissão (*connected with plans or enterprises involving its commission*) e ser membro de organização ou grupo implicado no seu cometimento (*a member of any organization or group connected with the commission*)[67] – foram aplicadas, na lição de Heller, principalmente as que se vem de referir previstas nas alíneas (b) a (e) na medida em que, consoante o chefe da acusação Taylor já havia afirmado, "a maioria dos acusados ocuparam altos cargos no governo ou na economia da Alemanha", "pouquíssimos cometeram um homicídio ou crime com suas próprias mãos"[68].

Em relação ao tratamento da responsabilidade penal individual, há parte da doutrina que reconhece a dificuldade de ser identificada nos julgados a figura de imputação que foi utilizada para embasar a apreciação da culpa do réu. Nas palavras de Von Knieriem, não é incomum que seja impossível avaliar se trata-se de autor principal ou partícipe, eis que muitas vezs afirma-se apenas que o agente "tomou parte no ato"[69].

---

of civilian population from occupied territory, murder or ill treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity.

(c) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.

(d) Membership in categories of a criminal group or organization declared criminal by the International Military Tribunal". Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>. Consulta: 10.10.2013.

[67] "2. Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he was (a) a principal or (b) was an accessory to the commission of any such crime or ordered or abetted the same or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime or (f) with reference to paragraph 1 (a) if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial or economic life of any such country"

[68] Kevin Jon Heller. The Nuremberg Military Tribunal..., p. 251.

[69] Von Knieriem. August, The Nuremberg Trials, Regnery, 1981, p. 211 (*apud* Kevin Jon Heller. *The Nuremberg Military Tribunal...*, p. 252): "frequently it is impossible to ascertain whether a sentence is based on the fact that somebody was a principal or an accessory, or whether he was regarded as having participated in the crime only by consenting. In most of the cases where more than one person acted, the opinions say no more than that a certain defendant 'took part in the act'. It is then left to the reader to ponder which of the various alternatives of CCL No. 10 may have been applicable".

A despeito dessa indefinição e do não enfrentamento pelos juízes da adequada diferenciação entre autores principais e partícipes, Heller aponta – ao lado do reconhecimento acima referido da adoção de um sistema refinado de responsabilidade coletiva (*enterprise liability*) – a possibilidade de serem identificados três elementos básicos da responsabilidade penal individual: i) o cometimento de um crime (*the commission of a crime*) previsto na denúncia; ii) a ciência do réu em relação ao crime (*the defendant's knowledge of the crime*) e iii) a participação do agente no crime (*the defendant's participation in the crime*) sob uma das hipóteses previstas no artigo II(2), da LCC nº 10[70].

Assentados os pontos anteriores, impõe-se avaliar a possibilidade de se identificar a aplicação implícita da autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder nos casos. Reconhecendo que apenas "com muita boa vontade" se pode identidicar a aplicação da figura na jurisprudência de Nuremberg[71], Kai Ambos sustenta que o *caso contra os juristas* (*the Justice Trial*) baseou-se implicitamente na *indirect perpetration* na medida em que o acusado foi responsabilizado em razão de sua consciente participação num sistema governamental nacional organizado de crueldade e injustiça e por ter cometido crimes no contexto de uma estrutura organizada hierárquica[72].

---

[70] Kevin Jon Heller. *The Nuremberg Military Tribunal...*, p. 252. O autor esclarece, por outro lado, que, apesar dessa tendência geral, esse ponto foi enfrentado em dois julgados, os quais, em razão da contradição existente entre ambos não podem ser considerados como uma posição coerente do Tribunal: "the *Pohl* tribunal held that the seven modes of participation in Article II(2) were enumerated 'in a descending order of culpability' [...]. The *RuSHA* tribunal, by contrast, reversed the relationship between principals and orderers, specifically holding with regard to defendants who ordered illegal transportations that 'while in a such a case the defendant might not have actually carried out the physical evacuation […] he nevertheless is responsible for the action, and his participation by instigating the action is more pronounced than that of those who actually performed the deed'" (*Ibid*, p. 314). No tocante aos requisitos para a tipificação da ordenação do crime, são exigidos pelos Tribunais os requisitos "(1) an illegal order had been issued by a superior to a subordinate; (2) the defendant was responsible in some way for that order; and (3) the defendant knew or should have known that the order was illegal" (*Ibid*. p. 254).

[71] AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional – Bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 196: "el derecho penal internacional no ofrece puntos de partida para una elaboración dogmática de la autoría mediata. Con mucha buena voluntad la autoría mediata puede ser identificada, de todos modos, en la forma de dominio por organización en el proceso a los juristas de Núremberg".

[72] Kai Ambos (Individual criminal responsibility. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I B). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 753: "conscious participation in a nationwide government-*organized system* of cruelty and injustice" (grifos no original).

Sopesados os pontos acima desenvolvidos, mostra-se correto o reconhecimento da importância da jurisprudência dos Tribunais instituídos pela LCC nº 10 para o desenvolvimento do direito penal internacional. Nas palavras de Taylor endereçadas ao secretário Royall, ao reconhecer a importância da "metodologia dos casos" (*by the case method*) para o desenvolvimento do direito penal internacional, afirmou: os julgamentos de Nuremberg serão vistos pelos diplomatas e juristas internacionais da mesma forma como decisões de seus próprios países são vistas pelos homens de estado e advogados"[73].

Nos termos da denúncia, dezoito acusados teriam participado de um plano comum no qual o Ministro da Justiça do Reich possuía controle total sobre a administração da justiça e no qual os processos judiciais foram utilizados como "armas de persecução e extermínio de todos os oponentes do regime nazista" de limpeza étnica[74]. Na lição de Katrina Gustafson, o Tribunal reconheceu que os crimes cometidos pelas autoridades alemãs por intermédio de "procedimentos sistemáticos aprovados pelo governo" contra a população configuravam crimes contra a humanidade, bem como que "o escopo e a maldade" inerente a esses atos, ao lado do "risco que representam para a paz mundial" exigem que sejam reconhecidos como violações do direito internacional.

A relevância desse precedente é explicitada pela autora, ainda, em razão do não reconhecimento pelo Tribunal da imunidade judicial dos juízes por se tratarem de órgãos judiciais sem independência e imparciais – mais parecidos com "tribunais administrativos operando sob ordens superiores de forma aparentemente judicial" – e da declaração de que a manutenção de prisioneiros dos territórios ocupados em locais secretos sem que lhes fossem garantido o direito de comunicação com o exterior – nos termos do Decreto Noite e Neblina (*Nacht und Nebel Erlass*)[75] – equivalia à imposição de tratamento desumano não somente ao

---

[73] Kevin Jon Heller. The Nuremberg Military Tribunal..., p. 375.

[74] Katrina Gustafson (Alstötter and others (the *Justice trial*). In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 582).

[75] A leitura do artigo III, do Decreto – "prisoners taken to Germany are subjected to military procedure only if particular military interests require this. In case German or foreign authorities inquire about such prisoners, they are to be told that they were arrested, but that the proceedings do not allow any further information" retoma de forma tristemente real a atmosfera fictícia e sufocante da obra *O Processo*, de Franz Kafka. O texto do Decreto encontra-se disponível na plataforma Avalon da Faculdade Yale: <http://avalon.law.yale.edu/imt/l-90.asp>. Consulta: 15.12.2013.

detento, como também a seus amigos e familiares por força do não conhecimento do paradeiro daquele[76].

Por fim, não pode deixar de ser consignada a posição de Kevin Jon Heller favoravelmente ao reconhecimento da aplicação do conceito de autoria mediata pelos juízes no *caso dos Ministros*. A semelhança entre os fundamentos trazidos pela Câmara de julgamento ao apreciar a culpa do réu Berger pelos crimes cometidos pela conhecida Brigada *Dirlewanger* e a figura da autoria mediata é, para o autor, patente: "se durante as operações em campo a unidade não estava sob seu comando estratégico" não se pode colocar em questão, contudo, o fato de que "ela foi organizada por ele, treinada pelos homens que ele escolheu, a ideia foi dele, ele manteve a unidade e seus comandantes sob sua proteção, ele foi informado por diversas vezes do comportamento selvagem e incivilizado de seus membros, o qual ele não somente permitiu que continuasse, como buscou justificar"[77].

I.4 – Os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda

Os tribunais penais internacionais para a ex-Iugoslávia (TPII) e para Ruanda (TPIR) podem ser vistos metaforicamente como o "renascimento" da Justiça penal internacional na década de 1990[78]. Como comumente é colocado em destaque pela doutrina, esse movimento só foi possível, *inter alia*, em razão do contexto politico favorável após o término da Guerra Fria.

Nesse diapasão, merecem menção os fatores apontados por Antonio Cassese: os atritos que permearam as relações internacionais durante esse período deram lugar à

---

[76] Katrina Gustafson. Alstötter and others (the *Justice trial*)... p. 583.

[77] Kevin Jon Heller. The Nuremberg Military Tribunal... p. 272.

[78] A expressão "de Nuremberg à Haia" – comumente utilizada para designar o transcurso da Justiça penal internacional entre seu surgimento, com o julgamento dos maiores criminosos nazistas (ver *supra*) e o seu estabelecimento definitivo, com a entrada em vigor do ER (ver *infra*) – pode levar à equívoca conclusão de que se trata de evolução linear ocorrida na segunda metade do século passado. Assim, há que se esclarecer que os trabalhos desenvolvidos no âmbito da Comissão de Direito Internacional da ONU durante os anos de 1950-1954 – dentre os quais merece menção o Draft Statute de 1953 cuja aprovação, conforme ensina Antonio Cassese (IL, p. 324) não se viabilizou em razão da falta de sincronia entre os diferentes órgãos que trabalhavam no projeto – só foram retomados em 1994, quando a Assembleia Geral requereu novamente à Comissão que cuidasse da questão do estabelecimento de um tribunal penal internacional (*Ibid*, p. 328).

consolidação de um "espírito de relativo otimismo"; ocorreu o desenvolvimento de convergência de entendimentos entre os cindo membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU que permitiram que este órgão passasse a atuar de forma mais eficaz; com o fim da política de manutenção de zonas sob o poder e influência das duas super potências, foram desencadeados movimentos de fragmentação dos Estados e desordem institucional de maneira que as tensões nacionais relativas à questões étnicas descambaram em conflitos internos e violações massivas de direitos humanos[79].

O TPII foi criado pela Resolução 827, de 25 de maio de 1993, do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo sua competência territorial e temporal expressamente determinada no artigo 1º de seu Estatuto[80]: "julgamento das pessoas consideradas responsáveis por violações graves ao direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia, a partir de 1991". Em relação ao TPIR há previsão semelhante no artigo 1º de seu instrumento constitutivo[81]: "o Tribunal Penal Internacional para Ruanda terá competência para processar pessoas responsáveis por graves violações do direito internacional humanitário cometidas no território de Ruanda e cidadãos ruandeses responsáveis por violações semelhantes cometidas nos territórios vizinhos, entre 1º de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994"[82].

---

[79] Cassese. *International Criminal Law...*, p. 324-5. O autor faz referência a outros fatores ínsitos ao movimento de criação da Justiça penal internacional por intermédio dos tribunais ad hoc: "a progressiva importância da doutrina dos direitos humanos" a qual em breve se tornaria espécie de "religião secular" e o fato de que os mecanismos existentes de monitoramento e proteção dos direitos humanos mostravam-se ineficientes diante dessa tarefa (*Ibid*, p. 325).

[80] Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>. Consulta: 10.07.2011. Article 1: "the International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute".

[81] O TPIR foi criado pela Resolução 955 do Conselho de Segurança de 08.11.1994.

[82] "Article 1: Competence of the International Tribunal for Rwanda

The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute". Disponível em <http://www.unictr.org/tabid/94/default.aspx> Consulta: 10.07.2011

De posse desse panorama, embora algumas das críticas levantadas contra a instauração dessas jurisdições penais *ad hoc* sejam difíceis de serem rechaçadas[83], não há como não se reconhecer o relevante papel que lhes foi atribuído[84]. A afirmação contida na Resolução 827 acima mencionada relativa aos crimes cometidos no território da ex-Iugoslávia – no sentido de que a prática de "limpeza étnica" constitui uma ameaça à paz e segurança internacionais[85] – ganha ainda maior pertinência à luz dos números alarmantes de Ruanda: aproximadamente 250 mil tutsis foram assassinados nas duas primeiras semanas do genocídio[86] do qual suspeita-se que aproximadamente dois milhões de agentes tenham participado[87].

---

[83] Dessa forma, correto o entendimento doutrinário que reconhece no estabelecimento dos tribunais para julgamentos de fatos pretéritos violação do princípio da legalidade. Nesse sentido: Claus Kreß. The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 143. Como adiante se verá esse é um dos traços que distanciam a normativa e prática do TPI em comparação a de seus antecessores. Antonio Cassese (*nternational Criminal Law...*, p. 326-7), por seu turno, replica habilmente outros pontos controvertidos da questão. Em relação à alegação de que o TPII teria sido estabelecido em decorrência do fracasso das negociações diplomáticas, argumenta que a crítica é valida sendo aplicável, contudo o provérbio que diz "half a loaf is better than pie in the sky": enquanto não havia tribunal penal internacional com jurisdição universal o estabelecimento dos *ad hoc* mostrou-se como medida adequada. No que toca à extrapolação pelo Conselho de Segurança da ONU dos poderes que lhe são outorgados pelo Capítulo VII da Carta, o autor remete à fundamentação da Câmara de Apelação no *caso Procurador v. Duško Tadić* (Judgment, 15.07.1999) e, finalmente, em relação à alegação de seletividade da justiça instaurada para determinados territórios aduz convincentemente que essa forma de justiça é melhor do que nenhuma.

[84] A relevância da atuação do Tribunal é facilmente depreendida pelos dados trazidos por Eric Møse (Eric Møse. *ICTR*. In: CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press. 2009. p. 354-5): "The Tribunal has instituted proceedings involving 62 accused and has complete proceedings in respect of about 40 of them […] The accused at the ICTR formed part the Rwandan leadership in 1994 and include one Prime Minister, 12 Government Ministers, 6 Prefects, 11 *bourgmestres* (mayors), 13 military leaders, as well as important personalities from the media and the clergy. Without the ICTR most of the accused would not have been brought for trial". O crimes e os acusados julgados perante o TPII são destrinchados por Stefano Manacorda (Stefano Manacorda. *Imputazione Collettiva e Responsabilità Personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*. Turin: G. Giappichelli, 2008, p. 93-4) nos seguintes termos: "soggetti in posizione di vertice, più spesso a quadri intermedi civili e militari e talvolta a singoli esecutori: l'individuo rimane saldamente al centro del processo penale, il quale attiene ad un numero esiguo di imputati e ad eventi relativamente circoscritti".

[85] "Expressing once again its grave alarm at continuing reports of widespread and flagrant violations of international humanitarian law occurring within the territory of the former Yugoslavia, and especially in the Republic of Bosnia and Herzegovina, including reports of mass killings, massive, organized and systematic detention and rape of women, and the continuance of the practice of "ethnic cleansing", including for the acquisition and the holding of territory [...]".

[86] Como esclarece Phil Clark (Riachos de justiça: debatendo a responsabilidade pós-atrocidade em Ruanda e Uganda. In PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; torelly, Marcelo D. (coord.). A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça et all, 2011, p. 513), os traços distintivos do genocídio de Ruanda são "uso de armas de baixa tecnologia, a participação em

Dessa forma, convém nesse momento analisar as hipóteses de intervenção no fato punível desenvolvidas pela jurisprudência dos tribunais[88]. A normativa dos tribunais traz disciplina legal lacônica nesse ponto. Da leitura dos respectivos artigos que disciplinam a responsabilidade penal individual[89] exsurge que são referidas como forma de cometimento dos crimes de sua competência: planejamento (*planned*); instigação (*instigated*); ordernar (*ordered*) praticar (*committed*); ajudar ou encobrir o planejamento, preparo ou execução do crime (*otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution*).

Em vista do desafio de aplicar essas hipóteses aos fatos criminosos sob seu julgamento, os tribunais desenvolveram três hipóteses de intervenção no fato punível[90], as

---

massa da população hutu nos assassinatos, as semelhanças sociais e culturais dos agressores e das vítimas e a velocidade espantosa do genocídio".

[87] Stefano Manacorda (*Imputazione Collettiva e Responsabilità Personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*. Turin: G. Giappichelli, 2008, p. 94-5), com suporte nos números de aproximadamente um milhão de vítimas e de dois a três milhos de autores, sublinha a importância do princípio da responsabilidade penal na jurisprudência do TPIR: "siano pur sempre singole persone fisiche ad essere collocate al centro del rimprovero penale: sul terreno normativo lo Statuto del Tribunale ribadisce il principio della responsabilità individuale, mentre la dimensione collettiva del crimine assume rilievo marginale sul terreno giurisprudenziale".

[88] Em relação à regulamentação da parte processual, Norman Farell (ICTY. In: CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press. 2009, p. 357) sustenta que o TPII "has created an independent and unique system of law – the regulation of trial proceedings is based on both the civil law and common law systems in which elements of the adversarial and inquisitorial procedures are combined", destacando, ainda que : "the RPE [Rules of Procedure and Evidence] guarantee that ICTY proceedings adhere to internationally recognized fair trial principles. […] Other important elements include the presumption of innocence, the right to be tried without undue delay, the right to examine adverse witnesses and the right of appeal".

[89] Os artigos que disciplinam a responsabilidade penal individual (artigo 7, do ETPII e 6, do ETPIR) estatuem, respectivamente:

"Article 7 - Individual criminal responsibility

1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime".

"Article 6 - Individual Criminal Responsibility

1. A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in Articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime".

[90] Em que pesem as significativas diferenças existentes entre os respectivos contextos criminosos submetidos à apreciação dos juízes que compõem os dois Tribunais *ad hoc* (ver *supra*), em vista do tratamento normativo idêntico das formas de participação no crime e da proximidade do entendimento jurisprudencial a respeito do tema, mostra-se possível desenvolver análise conjunta das hipóteses. Esse alinhamento de entendimento é favorecido, sem dúvida pelo fato de que a Câmara de Apelação é comum aos dois tribunais apesar de um situar-se em Arusha (Ruanda) e outro em Haia (Holanda).

denominadas empresa criminal conjunta ("joint criminal enterprise") I, II e III. Todas possuem os mesmos elementos objetivos (*actus reus*), quais sejam: *i*) pluralidade de pessoas; *ii*) existência de um plano ou objetivo comum que envolve o cometimento de um crime previsto no ETPII, não havendo a necessidade de que o plano tenha sido previamente traçado, e *iii*) participação do acusado no plano comum.

Os elementos subjetivos (*mens rea*), diferem para cada uma delas da seguinte maneira: para a primeira é necessário que o acusado pretenda cometer um crime determinado (propósito compartilhado por todos os co-perpetradores); no segundo caso, o acusado tem conhecimento do sistema de maus tratos (o qual pode ser provado por prova testemunhal ou por inferências razoáveis em decorrência da posição do acusado na hierarquia do grupo) e intenção de concretizar esse plano comum de maus tratos.

Finalmente, na terceira hipótese, também denominada de "forma estendida", o réu tem intenção de participar e concretizar o plano comum caso um crime seja praticado. A responsabilidade pelo crime que não estava no plano traçado surge quando: *i*) era previsível que esse outro crime seria cometido por outro membro do grupo e *ii*) o acusado assumiu esse risco.

Esse entendimento foi pela primeira vez sedimentado no *caso Procurador v. Duško Tadić* interessando ao presente estudo especialmente a premissa da qual parte a Câmara de Apelação para desenvolvimento das três figuras e a divergência de entendimento entre os juízes de primeiro e segundo grau em relação a possibilidade de imputação de uma das acusações ao acusado por não ter restado provado que não havia participado diretamente dos crimes em questão.

Em passagem paradigmática da jurisprudência do *caso Procurador v. Duško Tadić* foi colocado em evidência a dimensão coletiva desses crimes ao ser ponderado que: "na mior parte dos casos esses crimes não são o resultado da propensão criminosa de um indivíduo mas constituem manifestações de criminalidade coletiva: os crimes frequentemente são implementados por grupos de indivíduos na busca da concretização do propósito criminoso comum". Em outro trecho do julgado é enfatizado que: "a responsabilidade penal

internacional engloba ações cometidas por conjunto de pessoas cumprindo o objetivo criminal comum" [91].

Assentada essa premissa, passa-se a avaliar o dissenso mencionado. O documento contendo as acusações atribuía ao então suspeito 31 acusações envolvendo graves violações das leis e costumes de guerra; crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos contra muçulmanos e croatas bósnios no período entre 23.05 e 31.12.1992 em *Prijedor*. De forma sistematizada as acusações eram: uma acusação guarda chuva (*umbrella charge*) do crime contra a humanidade de perseguição; sete relativas a um incidente envolvendo o espancamento (beating), mutilação sexual e homicídios (killings) de algumas prisioneiras (*inmates*) do campo de *Omarska*; doze relacionadas a quatro espancamentos distintos em *Omarska*; cinco acusações em virtude de maus tratos e homicídio de quatro indivíduos integrantes de formação de reféns muçulmanos e croatas muçulmanos que haviam sido apreendidos na região de *Kozarac* e seis relacionadas a espancamentos e homicídios de diversos moradores no vilarejo de *Jaskići*.

Em relação à duas das acusações desse último grupo, a Câmara de julgamento (Trial Chamber, TC) entendeu que o acusado pertencia ao grupo que entrou no local, bem como que tomou parte no espancamento de quatro indivíduos. Contudo, concluiu que não poderia afirmar que Dusko *Tadić* havia tomado parte no assassinato de cinco vítimas ocorridos nessa ocasião. Na visão da turma julgadora os homicídios poderiam ter sido praticados não só por outro grupo armado, como também pelo próprio grupo do acusado sem a autorização e o conhecimento deste. Desta feita, por insuficiência de provas, absolveu o réu[92]. Em segundo grau, houve reforma da sentença para condenar *Duško Tadić* pela prática dos crimes referidos na terceira categoria de "jce".

---

[91] *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgment, AP, ICTY, 15.07.1999, § 191: "most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design". No § 193 da mesma sentença: "international criminal responsibility embraces actions perpetrated by a collectivity of persons in furtherance of a common criminal design

[92] ICTY, Procurador v. *Duško Tadić*, Opinion and Judgement, TC, 07.05.1997, (§§ 373-376). Da leitura da sentença resta claro que outros temas foram enfrentados pelos juízes internacionais, como a reconstrução dos fatos relacionados à desintegração da ex-Iugoslávia (*FYR*), à criação da Republika Srpska (*RS*) e à natureza e às causas do conflito na Bósnia (§§ 53-126).

A Câmara de Apelação[93], partindo da constatação de que a TC havia aplicado mal o critério de "prova para além de uma dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), considerou que, à luz do conjunto probatório dos autos, a única conclusão razoável era considerar que o grupo armado de *Tadić* havia matado os cinco homens em *Jaskići*. Ademais, restou decidido que *Tadić* era responsável pelas mortes por ter participado da execução de um plano comum (embora não houvesse nenhuma prova no sentido de que tivesse pessoalmente participado dos assassinatos)[94].

Interessante observar que para reversão do julgamento nesse ponto dois argumentos desempenharam significativa influência no convencimento dos magistrados: ao lado da dimensão coletiva acima referida foram sublinhados o objeto e propósito do Estatuto do Tribunal, ou seja, trazer a julgamento todos os responsáveis por graves violações do direito internacional humanitário[95].

Em vista do exposto compreende-se porque são numerosos e contundentes os questionamentos e críticas levantados pela doutrina em relação às empresas criminais conjuntas, sobretudo em face da figura estendida. Na visão de Stefano Manacorda, essa prática é indicativa de "critérios de imputação alargados" e nos quais a contribuição pessoal guarda pouca relevância na apreciacao do injusto[96].

---

[93] Então composta pelos juízes Mohamed Shahabuddeen (Presiding Judge), Antonio Cassese, Wang Tieya, Rafael Nieto-Navia e Florence Ndepele Mwachande Mumba.

[94] ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgment, AC, 15.07.1999, §§ 178-183. Há que se pontuar que a conclusão da turma julgadora pela equiparação das figuras de autor e partícipe ("although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act […], the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less – or indeed no different – from that of those actually carrying out the acts in question", ibid, § 191) colocando o acento da realização do crime no aspecto subjetivo (plano comum), remete ao conceito unitário de autor. Partilhando dessa visão e crítico em relação à fundamentação da decisão: Juan Modollel González. Problemas de autoría el la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo). In AMBOS, Kai; HOYOS SANCHO, Montserrat de (dir.). Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 123.

[95] Ademais deve ser feita menção à posição da Câmara, apoiada em julgados do pós Segunda Guerra, pelo reconhecimento de que "the notion of common design as a form of accomplice liability is firmly established in customary international law and in addition is upheld, albeit implicitly, in the Statute of the International Tribunal" (*Ibid*, § 220).

[96] Stefano Manacorda. *Imputazione Collettiva...* p. 94: "nella dimensione collettiva più volte evidenziata dal

A utilização da jurisprudência de tribunais anteriores é prática recorrente nos tribunais penais internacionais. Como se verá, o TPI, não seguiu, contudo, em relação à aplicabilidade das figuras da empresa criminal conjunta ao *corpus iuris* que lhe serve de base para atuar, o entendimento pretoriano do TPII. Dessa forma, o entendimento de Cassese, externado quando do julgamento da apelação do caso *Tadić* acima discutida, e posteriormente explicitado em produção acadêmica[97], pode ser visto atualmente como isolado[98].

No *caso Brdjanin*[99] foi decidido que a terceira forma de JCE pode acarretar a responsabilização por participação em genocídio mesmo que o agente atue sem o dolo específico de destruir (*special intent to destroy*) um grupo protegido. À luz dos argumentos acima expendidos, em tese, poder-se-ia prescindir da crítica desse entendimento; contudo, em razão da relação com reflexões posteriores do estudo mostra-se oportuno considerá-lo brevemente.

Assim, não pode ser desconsiderado o fato de que, Antonio Cassese – como visto, um dos maiores defensores das três formas de "jce" e de sua intepretação ampla e aparentemente irrestrita – reconhece a impossibilidade de ser aplicada a forma estendida para casos nos quais as acusações digam respeito a crimes dotados de elemento subjetivo

---

Tribunale si coglie invece l'intento di pervenire in via giurisprudenziale – anche per fare fronte alle indubbie difficoltà probatorie – alla strutturazione di criteri di imputazione allargati ed esangui dal punto di vista del contributo personale, specie mediante una certa dilatazione dei criteri di imputazione concorsuale ed il ricorso alla controversa figura della *joint criminal enterprise*"

[97] Antonio Cassese (The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, *Journal of International Criminal Justice 5*, 2007, p. 132) aponta inicialmente que pelo fato do artigo 25(3)(d), do ER ser expresso na exigência de atuação dolosa isso não seria possível ("it follows that the ICC, while generally authorized to rely upon the doctrine under discussion, would be barred from applying the third category of JCE"). Contudo, militando em favor da adoção de intepretação extensiva nesse ponto, o professor italiano argumenta que "this interpretation could be supported by the fact that the provision under discussion requires that the contribution to the common criminal purpose be intentional and made, among other things, 'in the knowledge of the intention of the group to commit the crime'. The notion of 'knowledge' could well cover that of 'foresight' and 'voluntary taking of the risk' of a criminal action by one or several members of the group".

[98] Jens David Ohlin (Joint Criminal Confusion. *New Criminal Law Review 12*, number 3, 2009, p. 406-419), por seu turno, expõe a dificuldade de compatibilizar a norma do artigo 25(3)(d) do ER com os critérios geralmente adotados para a responsabilização pelas "joint criminal enterprises" e faz algumas sugestões *de lege ferenda*.Ver N. Reid; G. Boas; J. Bischoff. *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Vol.1. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

[99] ICTY, Decision on interlocutory appeal, IT-99-36, 19.03.2004, § 6.

específico, dentre os quais são exemplos o fim de destruir do genocídio e o fim persecutório no crimes contra a humanidade de persecução[100].

As críticas que se vem de tecer, não visam ao esvaziamento da importância do legado desses tribunais. Como se pode perceber, tiveram por escopo favorecer a discussão crítica futura em torno da autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder. Essa busca se funda na premissa de que para que possa valer o entendimento de que os crimes internacionais são dotados de "dimensão transcendental" – capaz de serem vistos como a tradução moderna do conceito proposto por Immanuel Kant, em 1795, segundo o qual "a violação das leis e do direito em um local [da Terra] é sentida em todos os outros"[101] – mister se faz que as formas de imputação desses delitos – inclusive nos casos relativos aos "maiores responsáveis" pelas atrocidades perpetradas – respeitem os cânones penais, sejam os previstos expressamente nos instrumentos constitutivos dos tribunais penais internacionais, sejam os tutelados pelos tratados de proteção dos direitos humanos, ambos representativos da vertente garantista da moderna ciência do direito penal.

---

[100] CASSESE, Antonio. The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, *Journal of International Criminal Justice 5*, 2007, p. 109 e 131. Em relação a esse tema, Kai Ambos (Individual criminal responsibility. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I B). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 751) faz ver que a responsabilização penal de Slobodan Milosevic pelo genocídio perpetrado pelas forças sérvias também se deu pela aplicação da "jce".Ver *infra*, especialmente a análise do *caso Procurador v. Omar Al Bashir* do TPI.

[101] Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. *Caso Prosecutor v. Erdemovic, Judgement - Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah*, 07.10.1997, § 21: "".

CAPÍTULO II – A TEORIA DA AUTORIA MEDIATA EM RAZÃO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER NA VISÃO DE SEU CRIADOR, CLAUS ROXIN

A teoria da autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder (AM-AOP), recentemente utilizada pela P-TC I do TPI como fundamento para a intepretação do artigo 25(3)(a), terceira hipótese, do ER[102] (cometimento do crime "por intermédio de outrem", podendo esta pessoa ser penalmente responsável ou não[103]), foi concebida e construída pela primeira vez por Claus Roxin e tornada pública em 1963 com o lançamento de sua tese de doutorado intitulada *Autoria e domínio do fato*[104].

No mesmo ano, publicou artigo paradigmático enfrentando especificamente esse tema[105]. O mérito e o caráter inovador dessa nova categoria dogmática são muito bem colocados em destaque por Manuel Cobo del Rosal para quem a construção de Roxin representa um divisor de águas: "no tocante à autoria mediata, uma das temáticas mais difíceis e amplas da teoria do delito, a construção teórica de Roxin é gigantesca em extensão e profundidade, devendo ser reconhecido um antes e um depois dela"[106].

Com vistas à compreensão do conceito de autor adotado por Claus Roxin, bem como de sua teoria da AM-AOP impõe-se, inicialmente, traçar um breve panorama da evolução da legislação alemã para, em seguida, compreender a posição da teoria da AM-AOP

---

[102] Ver Capítulo IV *infra*.

[103] "(...) 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;

[104] Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Séptima edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. Conforme esclarece o autor no Prólogo da primeira edição, as partes essenciais da obra já haviam sido concluídas na primavera de 1962, tendo sido realizada atualização, até janeiro de 1963, apenas da doutrina e jurisprudência pertinentes. Por outro lado, digna de menção a opção metodológica do autor relativa às atualizações das edições: o texto original da obra tem sido mantido na parte inicial do livro, sendo as complementações desenvolvidas em capítulos acrescentados ao final.

[105] Claus Roxin. Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 193-207. Há tradução de parte do artigo para o inglês: Crimes as part of organized power structures. Trad. Belinda Cooper. *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, nº 1, 2011, p. 193-205.

[106] Manuel Cobo del Rosal. Prólogo. In ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Séptima edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 03.

no contexto do pensamento do autor. A Parte Geral do Código Penal alemão atualmente em vigor foi objeto de reforma na década de 1970 após diversos projetos terem sido propostos. Como esclarece Claus Roxin, o projeto de 1962 do governo mostrava-se conservador, tendo sido apresentado em 1966 Projeto Alternativo (*Alternativentwurf*)[107] por comissão de quatorze juristas da qual ele fazia parte.

Na redação anterior[108], eram disciplinadas apenas as hipóteses de autoria, coautoria, instigação e participação, não havendo expresso reconhecimento da figura da autoria mediata. O texto atualmente vigente, por seu turno, traz a regulamentação da autoria individual, a da coautoria e da autoria mediata nos seguintes termos, respectivamente,: *i*) "será punido como autor quem cometer fato punível por si"; *ii*) "se vários cometem o fato punível

---

[107] Claus Roxin. Prefácio. In EIRANOVA ENCINAS, Emilio (coord.). Código *Penal Alemán StBG - Código Procesal Penal Alemán StPO*. Trad. Juan Ortiz de Noriega, Critina Larios Sánchez, Juan Carlos Peg Ros e Ana Monreal Díaz. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 16. Como é esclarecido pelo autor (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*…, p. 589-590) a atual redação do artigo 25 é idêntica à constante no Projeto de 1962 (§ 29) e no Projeto Alternativo (§ 27). Dentre os méritos do Projeto, convém fazer menção à significativa mudança de escopo em relação à função do Direito Penal; nas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira (Crimes Sexuais – bases criticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 48, nota 82), "um dos marcos emblemáticos [...] foi, entre outros, a valoração do pensamento prevencionista em detrimento ao retribucionismo do projeto governamental. Não sem razão, com ele, se consagra a máxima tantas vezes repetida quanto a um adeus a Kant e Hegel e, em parte, um retorno a Von Lizst".

[108] Antes da reforma do Código Penal alemão („Strafgesetzbuch" – „StGB") de 1975 – a redação original data de 15.05.1871 – a regulamentação das formas de intervenção no fato punível estava prevista na Seção 3. Os artigos que interessam ao presente estudo são os seguintes (Tradução de Lauro de Almeida. Código Penal Alemão - Direito comparado São Paulo: Editora Jurídica José Bushatsky, 1974):

Seção 3

CUMPLICIDADE

Artigo 47 (Co-autor) Quando diversas pessoas executam, em comum, uma ação punível, cada uma é punida como agente.

Artigo 48 (Instigador)

§ 1º – É punido como instigador quem, mediante presente ou promessa, mediante ameaça, mediante abuso de reputação ou de poder, mediante intencional promoção ou favorecimento de erro ou por outro meio, dolosamente determinou que outra pessoa cometesse o ato, que cometeu, cominado com pena.

§ 2º – A pena do instigador é estabelecida pela lei aplicável ao ato para o qual ele conscientemente instigou.

Artigo 49 (Auxiliar)

§ 1º – É punido como auxiliar quem, mediante conselho ou ato, conscientemente prestou auxílio ao agente para a prática de ato punível como crime ou delito.

§ 2º – A pena do auxiliar é estabelecida pela lei aplicável ao ato, para o qual conscientemente prestou auxílio, podendo entretanto ser reduzida de acordo com as normas estabelecidas para a punição da tentativa.

em comum, cada um deles será punido como autor (co-autores)" e *iii*) "será punido como autor quem cometer fato punível [...] por meio de outrem"[109].

Assim, partindo da prevalência da teoria do domínio do fato[110] na doutrina alemã[111] e da importância do aporte de Roxin nesse tema, convém inicialmente esquematizar as suas vertentes e, em seguida, contextualizar brevemente os pontos de partida de sua teoria

---

[109] Optou-se no na presente trabalho pela tradução dos §§ 25 a 27 do Código Penal alemão para o português feita por Pablo Rodrigo Alflen da Silva (Anexo de normas. In Kai Ambos. Direito Penal. Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 292), tendo sido apenas substituída a expressão "quem tem determinado dolosamente a outrem" (art. 26, *caput*) por "quem instigar dolosamente outrem", ficando da seguinte maneira:

"§ 25 Autoria

I. Será punido como autor quem cometer fato punível por si ou por meio de outrem.

II. Se vários cometem o fato punível em comum, cada um deles será punido como autor (co-autores)

§ 26 Instigação

Será punido igualmente como autor, quem instigar dolosamente outrem ao cometimento de fato ilícito doloso.

Cumplicidade

§ 27 I. Será punido como cúmplice aquele que, dolosamente tiver prestado auxilio a outrem para o cometimento de um fato ilícito doloso.

II. A pena para o cúmplice orienta-se de acordo com a pena cominada para o autor. A pena deve reduzir-se conforme o § 49, inciso I"

A versão original em alemão encontra-se disponível no site do Ministério da Justiça (*Bundesministerium der Justiz*): <http://www.gesetze-im-internet.de/index.html>. Consulta: 06.03.2013. Tradução para o espanhol pode ser encontrada na obra prefaciada por Claus Roxin: EIRANOVA ENCINAS, Emilio (coord.). Código *Penal Alemán StBG...* Em inglês: The German Criminal Code. Trad Michael Bohlander. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html> Consulta: 13.09.2013.

[110] Convém consignar que, se de um lado mostra-se inviável, como também foge ao escopo do estudo, dar conta de toda a vasta, complexa e permanente reflexão do autor em torno das teorias da autoria – dentre as quais são discutidas pelo autor, com vistas à melhor fundamentação da teoria do domínio do fato, *inter alia*, a causal, a teleológica e a ontológica – de outro, não há dúvida que tanto a coerência de seu pensamento, como o rigor metodológico adotado favorecem significativamente a compreensão global das diversas nuances que a compõem. Merece, contudo, ser transcrita passagem na qual o autor (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*…, p. 26) expõe uma das razões da superação da teoria causal: "bien es cierto que la consideración causal puede hacerme entender la concatenación de los sucesos exteriores, pero sobre su significado jurídico no puede aportarme nada. Es ciega al sentido y a los valores".

[111] Nesse ponto, Roxin (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*…, p. 689) traz abrangente análise ao informar que "la hegemonía científica de la teoría del dominio del hecho se pone de relieve en que las ediciones décima y undécima del *LEIPZIGER KOMMENTAR* (1978, 1992), en el comentario de los §§ 25 ss. las he reescrito yo en el sentido de la teoría del dominio del hecho, y en que las recientes monografías de HERZBERG, BLOY, BOTTKE, MURMANN, SCHILD y RENZIKOWSKI, se basan en esta teoría. Incluso autores que sitúan en el centro de la delimitación la 'autonomía', como M. K. MAYER, o el 'principio de responsabilidad propia', como SCHUMANN, en el fondo comparten la teoría del dominio del hecho, porque precisamente son la atonomía o la respon- sabilidad propia del ejecutor lo que por lo general excluye del dominio del hecho a los demás cooperadores. RENZIKOWSKI, con ayuda de la idea de autonomía y la teoría —afín a ésta— de la prohibición de regreso, propugna precisamente llegar a una 'reformulación de la teoría del dominio del hecho'".

de autoria. De forma sistemática pode-se separar os diferentes ramos do domínio do fato (*Tatherrschaft*) em uma divisão tripartite: *i*) domínio de ação (*Handlungsherrschaft*); *ii*) domínio funcional do fato no caso de coautoria (*funktionelle Tatherrschaft*) e *iii*) domínio da vontade (*Willensherrschaft*)[112]. O segundo se ramifica, então, em três direções possíveis: *ii.i*) domínio da vontade em razão de erro (*kraft Irrtums*) *ii.ii*) domínio da vontade em razão de coação (*kraft Nötigung*) *ii.iii*) domínio da vontade em razão de aparatos organizados de poder (*kraft organisatorischer Machtapparate*).

Nesse quadro, resta facilitado entender porque o critério de autor como "figura central" serve como ponto de partida para se transformar em um "conceito dialético 'concreto'" que se materializa como "unidade de determinações distintas"[113]. Ao destrinchar os dinstintos componentes desse movimento, o autor se utiliza de três passagens: na primeira delas é explicitado que o "elemento de 'figura central'" é, em princípio, vazio, ganhando conteúdo com o devenir".[114]

A segunda faceta dialética do conceito é antitética e de extrema valia para o presente estudo. Partindo da oposição existente entre o critério do domínio da ação e o do domínio da vontade Roxin leciona que naquele "pressupõe-se a realização autônoma de uma ação típica", ao passo que neste verifica-se justamente a ausência desse requisito[115]. Por fim, o autor avalia a referida "concretude" do conceito, sob a ótica do termo latino concrescere, para

---

[112] Em paralelo aos crimes de domínio, há um primeiro grupo de crimes onde se incluem os omissivos próprios e impróprios e os culposos e outro de autor jurídico-penal (crimes de mão própria). O esquema desenvolvido pelo autor é esclarecedor (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*…, p. 570).

[113] *Ibid*, p. 571.

[114] O método empregado, que segue a dialética proposta por Nicolai Hartmann, segue a seguinte lógica: "'la dialéctica […] es un vagar que se va adaptando a la articulada y enmarañada estructura del objeto'. Por tanto, el concepto de autor no puede quedar fijado desde el principio, sino que debe 'desplegarse' paso a paso en la materia jurídica, de manera que, lejos de que cada una de sus manifestaciones se presente como mera 'aplicación' de un principio dado o como resultado de subsunción en un concepto superior, lo amplíen y enriquezcan en su contenido. 'Cada predicado le añade un nuevo elemento'".

[115] *Ibid*, p. 572. Na esteira do dialogo que já vinha estabelecendo com Hartmann, pondera que "'El todo no es suma, ni generalidad abstracta, sino una multiplicidad articulada al máximo, y todo detalle es esencial en él'. Esta vinculación de unidad y diversidad posibilita a la doctrina de la autoría proporcionar igualmente armonía de conjunto y plétora de contenido, sustrayéndose tanto a la yerma abstracción como a la atomización en individualidades dispares" *Ibid*, p. 573.

chegar à conclusão de que se trata de "algo no qual vai se aglutinando, a partir de distintas determinações até ser totalidade" [116].

Diante desse pano de fundo resta facilitado contextualizar a teoria da AM-AOP de Roxin. Um primeiro aspecto digno de nota, o qual, como se verá, repercutirá em diversas reflexões do trabalho, diz respeito à relação entre as diversas formas de imputação e a realidade criminosa que se busca compreender e subsumir à determinada moldura jurídica.

Assim, já em 1963, o professor de Munique mostrava-se ciente da dificuldade de equacionar em termos jurídicos crimes praticados em contextos coletivos e de forma sistemática como nos casos de regimes totalitários ou de exceção. Nas suas palavras, se de um lado impõe-se constatar que "crimes de guerra, de Estado e de organizações [...] não podem ser compreendidos adequadamente com as categorias do crime individual", de maneira que "as figuras da autoria, instigação e participação não podem dar conta desses empreendimentos coletivos, contemplados como fenômeno global", de outro, isso não exime o jurista de buscar avaliar "os comportamentos individuais dos agentes nesses fatos a partir da ótica do delito individual", como normalmente o faz nossos tribunais[117].

A partir disso o autor expõe os fundamentos dessa forma de imputação. Dessa forma, convém contextualizar os fundamentos e requisitos e de suas características da AM-AOP e, em seguida, discutir os aspectos controvertidos do *caso Eichmann*[118]. Da

---

[116] A observação dos tradutores em relação ao termo latino referido – "del alemán *zusammenwachsen,* esto es, crecer conjuntamente y, por extensión, adherirse, aglutinarse, cuajar" – e a explicação de Roxin – "la trascendencia práctica de conceptos tales reside principalmente en que sólo con su ayuda es posible comprender en su globalidad y relaciones recíprocas la multiplicidad de teorías y puntos de vista aparentemente incompatibles, multiplicidad que surge en la historia dogmática casi inevitablemente y en la doctrina de la autoría de manera particularmente enmarañada, esclarecer su unilateralidad y darse cuenta de la compleja envergadura del concepto" – ilustram essa passagem.

[117] Autoría y dominio del hecho…, p. 270

[118] Há outros casos, julgados por tribunais nacionais que se utilizaram da figura da AM-AOP na apreciação de crimes sistêmicos. Em relação à decisão da Corte Suprema Federal alemã (*Bundesgerichtshof*) no *caso do Conselho Nacional de Defesa* (*caso Keßler, Streletz e Albrecht*), também chamado caso *dos tiros do muro de Berlim* ver Kai Ambos. Sobre a antijuridicidade dos disparos mortais no muro da Alemanha. In AMBOS, Kai (coord.) *Direito penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2006, p. 135-161. Ver Gerhard Werle; Boris Burghardt. The German Federal Supreme Court (bundesgerichtshof, bgh) on indirect perpetration Introductory Note, *JICJ*, 2011. Para análise da aplicação da teoria em casos relacionados com crimes das ditaduras do cone sul e na Espanha ver: Francisco Muñoz Conde; Héctor Olásolo. The Application of the Notion of Indirect Perpetration through

avaliação conjunta do pensamento do autor exsurge que os pilares de sua teoria se mantiveram intactos, tendo sido acrescentado, em 2006[119], requisito que não altera em essência o entendimento anterior. Os requisitos são os seguintes: *i*) poder de mando (*Anordnungsgewalt*); *ii*) desvinculação do ordenamento jurídico (*Rechtsgelöstheit*) do aparato de poder[120]; *iv*) fungibilidade do autor imediato; *v*) disposição consideravelmente alta do executor para o cometimento do fato[121].

Assim, já em 1963 era claro para o autor que aqueles que dão as ordens nesse tipo de organização criminosa possuem uma posição chave no sucesso criminoso global; por outro lado, esclarece que os aparatos de poder possuem "uma vida independente da identidade de seus membros", "funcionam 'automaticamente'" e prescindem da pessoa do

---

Organized Structures of Power in Latin America and Spain, *Journal of International Criminal Justice 9*, 2011, p. 113-135. Nesse ponto, tendo-se em mente a relevância do julgamento da *Junta militar* argentina (*Juntas trial*) como precedente de aplicação da hipótese em tela, merece ser referida a análise de Ezequiel Malarino (El caso argentino. In AMBOS, Kai (coord.). *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente - Un estudio comparado*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2009, p. 58: "numerosas sentencias de tribunales argentinos se han ocupado de la cuestión de cómo deben responder los mandos superiores de las fuerzas armadas o de seguridad por los hechos cometidos por sus subordinados. Todas estas decisiones guardan relación con los crímenes cometidos desde el aparato estatal durante el gobierno militar autodenominado 'Proceso de Reorganización Nacional' que ocupó *de facto* el poder entre 1976 y 1983. La posición ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia considera al superior como *autor mediato,* recurriendo a la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder elaborada por el profesor de Múnich, Claus Roxin"; "En la doctrina, en cambio, no existe acuerdo acerca de cómo resolver este tipo de casos, ni tampoco una posición que sea claramente mayoritaria". Os demais informes analisam esse tema sob o enfoque dos seguintes países: Alemanha, Chile, Espanha, Perú e Colômbia.

[119] Conforme informam Luis Greco e Alaor Leite (Claus Roxin – 80 anos. Revista das Liberdades 7, 2011, p. 121) a inclusão da disposição consideravelmente alta do executor para o cometimento do fato ocorreu pela primeira vez em escrito do autor de 2006: Claus Roxin. Organistionsherrschaft und Tatentschlossenheit. In *Festschrift für Schroeder*. Andreas Hoyer et all C.F. Müller, 2006, p. 397 e ss.

[120] Recentemente – em resposta ao seguimento doutrinário que prescinde da obrigatoriedade desse requisito – o autor (El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia 7*, 2006, p. 16) insistiu no fato de que "el aparato de poder tiene que haberse desvinculado del Derecho no en toda relación, sino sólo en el marco de los tipos penales realizados por él". Assim, "el sistema (o sea, el sistema parcial de un Estado) tiene, […] que trabajar delictivamente como un todo ('desvinculado del Derecho') [rechtsgelöst] si la seguridad del resultado que fundamenta una autoría mediata debe atribuirse a las instrucciones de los hombres de atrás" (Ibid, p. 17).

[121] Como afirmado, a inclusão desse requisito não altera a orientação de princípio da teoria de Roxin. Aproxima-se, nesse ponto, do entendimento de Schroeder – que utiliza a expressão "disposición condicionada a actuar" –, mas mantém sua autonomía, conforme explica: se "tales circunstancias no pueden fundamentar control alguno del que actúa inmediatamente", "todos estos factores que aparecen mezclados de diversas formas, que no excluyen la culpabilidad [Schuld] y responsabilidad [Verantwortlichkeit] del que actúa inmediatamente, disminuyen también su medida sólo un poco e incluso la elevan en algunas manifestaciones, coinciden, sin embargo, en un punto: conducen a una disposición al hecho de los miembros condicionada a la organización que, junto a su intercambiabilidad para los hombres de atrás, es un elemento esencial de la seguridad con la que pueden confiar en la ejecución de sus órdenes" (El dominio de organización…, p. 20).

executor dos crimes. Não é por outra razão, que o "fator decisivo para fundamentar o domínio da vontade é a fungibilidade do executor"[122].

Feitas essas considerações, convém analisar o *caso Eichmann*. Como é de conhecimento geral, *Adolf Eichmann* foi responsável pela morte de centenas de milhares de pessoas em razão de sua atuação como Diretor do Escritório IVB4 da área de Assuntos Judaicos. Assim, na condição de *Lieutenant Colonel* da *Gestapo* (*Geheime Staatspolizei*) participou ativamente na deportação em massa dos judeus para os campos de concentração, sem nunca ter sujado suas mãos com sangue. Essa forma específica de atuação deu origem à famosa expressão "autor de escritório" (*Schreibtischtäter; the man behind the desk*).

O julgamento realizado pela Corte Distrital de Jerusalém (*Jerusalem District Court*), cujo veredicto foi pronunciado em 12.12.1961[123], suscitou[124] e continua a incitar um leque de discussões. Para o presente estudo importa avaliar as possibilidades de equacionamento dogmático dessa forma de atuação. Assim, para Roxin trata-se de clara hipótese de AM-AOP. Trazendo passagem do caso para embasar seus argumentos[125], Roxin

---

[122] *Autoría y dominio del hecho…*, p. 270. De posse desses elementos, o autorretoma a célebre imagem do dente na engrenagem: "el ejecutor, si bien no puede ser deshancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje —sustituible en cualquier momento— en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer". Em relação a esse aspecto, Mark Osiel (The Banality of Good- Aligning Incentives Against Mass Atrocity. *Columbia Law Review*, 2005, p. 1836) estabelece interessante diálogo entre os pensamentos de Roxin e Hannah Arendt: "it is likely that Roxin drew the metaphor from Arendt's earlier book on the Eichmann trial, which Roxin- as a fellow German then writing on the same subject- would likely have read. Arendt, too, had described the defendant as a cog in a bureaucratic machine […]. Roxin's work might hence be seen as an effort to translate Arendt's sociopolitical analysis of Eichmann into a legal idiom potentially acceptable to courts".

[123] Disponível em <http://www.legal-tools.org/en/doc/7519c3/>. Consulta: 12.06.2013. A apelação julgada pela Suprema Corte de Israel ("Supreme Court"), em 29.05.1962, manteve em substância o julgamento anterior e determinou que fosse executa a pena capital. Em relação à consciência da antijuridicidade de seus atos, há passagem elucidativa. Ao ser indagado pelo Juiz Halevi sobre esse ponto, *Eichmann* respondeu: "...I was obliged to deal with it in matters of transportation, because of my oath of loyalty, from which I was not released'" (§ 220).

[124] A reação da opinião pública e de comunidade judaica frente ao artigo publicado por Hannah Arendt (Responsabilidade e Julgamento..., p.79) após a cobertura do julgamento pelo The New Yorker – especialmente em torno da expressão utilizada "banalidade do mal" – ganha nesse contexto relevo. Nas palavras da réplica da autora: "como a controvérsia continuou, entretanto, e como, especialmente nos seus últimos estágios, mais e mais vozes não só me atacavam pelo que eu nunca havia dito, mas, ao contrário, passaram a me defender por isso, comecei a compreender que talvez algo a mais nesse exercício levemente soturno do que sensação ou diversão".

[125] A passagem: "in such an enormous and complicated crime as the one we are now considering, wherein many people participated at various levels and in various modes of activity - the planners, the organizers and those executing the acts, according to their various ranks - there is not much point in using the ordinary concepts of

constata a existência de todos os elementos necessários à caracterização do domínio da organização; a maior distância em relação ao fato é compensada pelo maior grau de controle do aparato pelo autor mediato[126], se o autor imediato fracassa, outro o substituirá, o que evidencia a transformação deste em instrumento daquele[127].

Como se sabe, a teoria gerou significativa discussão na doutrina alemã e entendimentos notoriamente divergentes em relação à viabilidade de sua adoção e aos requisitos que lhe servem de sustentação. Sedimentados os alicerces da teora roxiniana, convém abordar, oportuna e na profundidade pertinente essas críticas por ocasião da análise do TPI sobre o tema.

---

counselling and soliciting to commit a crime. For these crimes were committed en masse, not only in regard to the number of the victims, but also in regard to the numbers of those who perpetrated the crime, and the extent to which any one of the many criminals were close to, or remote from, the actual killer of the victim, means nothing as far as the measure of his responsibility is concerned. On the contrary, in general, the degree of responsibility increases as we draw further away from the man who uses the fatal instrument with his own hands and reach the higher ranks of command, the "counsellors" in the language of our Law. As regards the victims who did not die but were placed in living conditions calculated to bring about their physical destruction, it is especially difficult to define in technical terms who abetted whom: he who hunted down the victims and deported them to a concentration camp, or he who forced them to work there"

[126] *Ibid*, p. 274.

[127] *Ibid*, p. 275.

PARTE II – TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A entrada em vigor do Estatuto de Roma[128] representa momento culminante na evolução da Justiça penal internacional. Trata-se do primeiro tribunal penal internacional permanente[129] e supranacional encarregado do julgamento de crimes considerados graves pela comunidade internacional cuja jurisdição só pode ser exercida em relação a fatos praticados após esta data[130]. A relevância da função que lhe foi atribuída pode ser vislumbrada no Preâmbulo[131] de seu instrumento constitutivo: reconhece-se que no decurso do século passado "milhões de crianças, homens e mulheres" foram "vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade", bem como que crimes de tal gravidade "constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade"[132].

Em seu discurso proferido por ocasião da abertura da Conferência de Roma[133], Kofi Annan – então secretário-geral da ONU, protagonista na área de proteção dos direito humanos e diretamente envolvido no projeto de criação do Tribunal – colocou em

---

[128] A entrada em vigor do Estatuto ocorreu em 01.07.2002. A comemoração dos 10 anos incluiu a criação de uma página no Facebook: "ICC launches Facebook page from 1 - 17 July: From the Court's 10th anniversary to International Criminal Justice Day". Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Press%20and%20Media/Press%20Releases/News%20and%20Highlights/PR818?lan=en-GB?print=TAP> Consulta: 02.07.2012.

[129] Artigo 1, ER.

[130] Como adiante se verá, o princípio da legalidade, insculpido no atigo 22 do Estatuto, é um traços distintivos da normativa do tribunal em relação a de seus predecessores e garantia fundamental não somente para o acusado, como para a legitimação da atuação dessa jurisdição internacional perante a comunidade internacional.

[131] Como esclarece William Schabas (*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 40), o Preâmbulo do Estatuto, apesar de conter importantes princípios gerais – como por exemplo o da complementaridade e da gravidade dos crimes nele previstos – foi citado, até o momento, em poucas decisões do Tribunal e de forma breve e genérica de maneira a não contribuir significativamente na sua intepretação. Da jurisprudência que foge a essa tendência, convém fazer menção ao *caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008, § 501, no qual o texto do Preâmbulo é trazido como um dos fundamentos para a adoção da figura da autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder: "the most important reason for this Chamber's deciding for this mode of liability is that it has been incorporated into the framework of the Statute. The crimes falling within the jurisdiction of this Court —those of 'the most serious [...] concern to the international community as a whole', and which 'threaten the peace, security, and well-being of the world' —will almost inevitably concern collective or mass criminality". Veja análise aprofundada a esse respeito *infra*.

[132] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Consulta: 02.06.2012.

[133] Para uma visão geral da Conferência: Philippe Kirsch, Introduction. In VON HEBEL; Herman; LAMMERS, Johan G.; SCHUKKING, Jolien (eds.), *Reflections on the ICC. Essays in Honour of Adriaan Bos*. Hague: Asser Press, 1999, p. 1-10.

evidência diversos aspectos relacionados à atuação dessa nova jurisdição penal internacional. Nas suas palavras o TPI – naquela ocasião, um projeto ainda dependente de longo processo de negociação e de aprovação de seu instrumento constitutivo – representa "um poderoso instrumento de justiça", "um presente de esperança às gerações vindouras", "um passo monumental em nome dos direito humanos e da 'rule of law'"[134]. No mesmo diapasão, Giovanni Conso, presidente da Conferência, se pronunciou no sentido de que a criação dessa jurisdição penal internacional permanente representa "a garantia de um mundo mais humano e mais justo"[135].

Atualmente, quando já se passaram mais de dez anos do início da atividade do Tribunal no plano internacional, pode-se dizer certamente que "um passo monumental"[136] foi dado, restando, porém, diversos outros a serem cadenciadamente implementados na busca da construção desse mundo mais "justo" e "humano". Apesar do significativo e crescente progresso material e tecnológico verificado em inúmeros países nos últimos séculos[137], os

---

[134] Discurso do secretário-geral das Nações Unidas Kofi Annan à Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas para o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional: "we have before us an opportunity to take a monumental step in the name of human rights and the rule of law. We have an opportunity to create an institution that can save lives and serve as a bulwark against evil. We who have witnessed, time and again in this century, the worst crimes against humanity, have an opportunity to bequeath to the next century a powerful instrument of justice. So let us rise to this challenge. Let us give succeeding generations this gift of hope". Disponível em: <http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/> Consulta: 02.09.2011. A esse respeito, pertinentes são as palavras do Prof. Cherif Bassiouni (The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik, *Georgia State University Law Review 22*, 2006, p. 541-2) ao esclarecer que "whenever justice or equity has prevailed, it has been because of law and legal institutions […] The concept of rule of law and all that it comports–substantive and procedural norms and rules–has not only enhanced the attainability of justice, but it has contributed to the harmonization between national legislation and legal processes".

[135] Discurso do Presidente da Conferência de Roma, Sr. Giovanni Conso: "la création d'une Cour Criminelle Internationale sera finalement la garantie d'un ordre mondial plus humain et plus juste." Disponível em: <http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/> Consulta: 02.09.2011. Pode-se identificar um eco da ressalva feita no final do filme de Alain Resnais na fala do jurista italiano quando afirma que a Conferência representa "la preuve que le monde entier ne peut se tenir a l'écart et assister avec une totale indifférence a des comportements aussi odieux" (*Ibid*).

[136] A importância da Conferência de Roma no contexto dessa "estrada" ganha peso nas palavras de dois juristas que participaram ativamente das negociações do Estatuto, Philippe Kirsch e Darryl Robinson (Reaching Agreement at the Rome Conference. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I A). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 91), "the Rome Conference was a dramatic step in the ongoing mobilization of the international community on issues of accountability, but it was not the first step, nor can it be the last".

[137] A respeito das implicações desse movimento de progressivo crescimento tecnológico ver: Nicolau Sevcenko. A corrida para o século XXI no loop da montanha russa. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. O autor desenvolve contundente crítica da perda da capacidade crítica pelas pessoas nesse contexto acelerado de

conflitos armados[138] e os sucessivos massacres tem mostrado, de forma paradoxal, o poder de destruição dos armamentos modernos[139] e a impossibilidade de ser alcançada uma paz verdadeira e duradoura entre as nações[140]. Basta correr os olhos pelos Documentos contendo as acusações ou pelas decisões do Tribunal para se constatar a magnitude e gravidade dos crimes que estão sendo investigados e julgados[141].

Nas palavras de Philippe Kirsch e Darryl Robinson, se de um lado é descabida a expectativa de que o Tribunal conseguirá colocar um fim às atrocidades cometidos ao redor do mundo, de outro, por intermédio da cooperação da comunidade dos Estados, poderá certamente trazer a julgamento algumas dessas ações "que chocam a consciência da humanidade" e contribuir para a manutenção da estabilidade e do devido processo legal"[142].

"maquinismo titânico" e propõe "programa preventivo a essa perversão" calcado na premissa de que "a crítica [...] é a contrapartida cultural diante da técnica" (*Ibid*, p. 17).

[138] Ver dados constantes da nota 18, *supra*.

[139] Diante disso, a aprovação, em 02.04.2013, do Tratado sobre o Comércio de Armas ("Arms Trade Treaty") deve ser vista como um avanço na regulamentação do uso da força em nível internacional. A importância da convenção no sentido de reforçar a normativa existente relativa à vedação da utilização de armas de destruição em massa – armas químicas, nucleares e bacteriológicas – é evidenciada pelo Embaixador Antonio de Aguiar Patriota em artigo publicado na Folha (Por um tratado sobre o comércio de armas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17.03.2013, p. A3): trata-se de avanço "na proteção das populações civis em situação de conflito" e na "prevenção de conflitos internacionais", "um passo auspicioso em direção a uma ordem internacional mais segura e pacífica". Nesse tema ver Bert V. A. Röling. The law of arms control and disarmament. In MAKARCZYK, Jerzy (ed.). *Essays in International Law in honour of Judge Manfred Lachs*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1984, p. 741-747.

[140] O confronto do conteúdo programático da Carta da ONU – em cujo Preâmbulo é sublinhado o objetivo de "preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra" por meio, *inter alia*, da união dos esforços dos Estados para "manter a paz e a segurança internacionais" – com os dados que se vem de mencionar leva à comprovação da perene atualidade das palavras de Norberto Bobbio (*A Era dos Direitos*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25) quando afirma que "o problema grave com relação aos direitos do homem não é o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los". Nesse sentido, contundente a ressalva feita por Mireille Delmas Marty (*Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ?* Paris : Seuil, 2011, p. 07, no último volume da sua obra "Les forces imaginantes du droit", quando afirma : "comment oser parler de communauté de droit à l'échelle d'un planète livrée aux affrontements, à la violence et à l'intolérance ? Et comment seulement concevoir les contours d'une communauté de valeurs par-delà la diversité de cultures et l'opposition d'intérêts ?".

[141] Para ficar, por ora, em apenas dois deles, pode ser mencionado o inquérito instaurado contra Joseph Kony – suposto Comandante Chefe do Lord's Resistance Army em Uganda – para investigar 38 acusações, 12 por crimes contra a humanidade e 21 por crimes de guerra, e o caso contra Al Bashir cuja investigação atribui ao presidente do Sudão a prática de 5 crimes contra a humanidade, 2 crimes de guerra e 3 crimes de genocídio envolvendo a morte de centenas de milhares de inocentes.

[142] Philippe Kirsch; Darryl Robinson (Reaching Agreement at the Rome Conference. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I A). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 91): "it is not expected that the ICC will put an end to the atrocities which continue to shock the conscience of humanity. However, with support, it can help deter some of the worst crimes ans help uphold stability and the rule of law".

Em manifestação posterior, por ocasião da nonagésima *Blaine Sloan Lecture on International Law*, Philippe Kirsch, compartilhou a visão de Ben Ferencz sobre o tema: "um dos maiores tributos que podem ser prestados à memória daqueles que sofreram no Holocausto é a prevenção de que esses crimes voltem a ocorrer"; "por isso o estabelecimento do TPI é uma das maiores conquistas do século passado"; somente a justiça universal aplicada mundialmente sem distinções poderá levar a um mundo que viva em paz[143].

A importância do tema na agenda internacional atual é sublinhada pelo atual secretário-geral da ONU ao se referir à série de encontros havidos no contexto da abertura da Assembleia Geral da ONU. Ban Ki-Moon colocou em destaque os esforços em relação à região central africana nos seguintes termos, "outras reuniões trouxeram progresso para [...] a complexa crise no Sahel (região logo abaixo do deserto do Saara), para a implementação do processo de paz na República Democrática do Congo e na região dos Grandes Lagos da África"[144]. Apesar do tom otimista da manifestação sabe-se que a situação em muitos locais é critica e está longe de ser solucionada[145].

Esse panorama aponta para algumas das atribuições geralmente reconhecidas do Tribunal. Seria, então, oportuno indagar: qual papel foi outorgado ao Tribunal e qual vem, de fato, desempenhando perante a comunidade internacional? [146] A relevância da identificação

---

[143] Philippe Kirsch. International Criminal Court and the Enforcement of International Justice - The Nineteenth Blaine Sloan Lecture on International Law, *Pace Law International Law Review 17*, 2005, p. 59.

[144] Nessa ordem de ideias, conclui Ban Ki-Moon (Uma onda de avanços. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14.10.2013, p. A3) que "o papel central da ONU reflete a lógica global de nosso tempo: com nossos destinos cada vez mais entrelaçados, o futuro deve ser de cooperação ainda mais ampla e profunda".

[145] Em que pesem os esforços despendidos pelos atores envolvidos na negociação do processo de paz na região, a perspectiva futura ainda é crítica. Conforme pontuou o secretário-geral para a prevenção do genocídio Adama Dieng, em pronunciamento de 01.11.2013, a situação na República Democrática do Congo "is appalling and it is not enough simply to condemn the atrocities being committed. We cannot afford to let armed elements continue to murder, maim, pillage and rape Central Africans as we stand by and simply condemn what is happening". Disponível em <http://www.iccnow.org/?mod=browserdoc&type=27> Consulta: 18.11.2013. Como se percebe, a declaração dá conta não apenas da gravidade da situação como suscita a reflexão em relação às formas de atuação, nem sempre efetivas, da comunidade internacional no local.

[146] As questões alinham-se à proposta metodológica de pesquisa proposta por Antonio Cassese (*International Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. *v.*), um dos maiores estudiosos do direito penal internacional, quando explicita um dos propósitos de sua obra: não somente compreender o momento em que os institutos jurídicos surgiram na comunidade internacional, como também perscrutar "*why* they have been created, what function they were intended to fulfil, and which one they in fact perform in the current reality of international relations". Tendo-se em vista tratar-se de questão intimamente relacionada com o objeto da pesquisa, nesse momento serão desenvolvidos apenas os **aspectos preliminares gerais** dessa reflexão.

do fundamento e da função da Justiça penal internacional é muito bem colocada por Mireille Delmas-Marty, quando afirma que "a criminalização parece imposta pelo universalismo de valores que conduz à punição dos crimes 'mais graves'", mas adverte que esse processo tem se desenvolvido "sem que haja uma definição dos critérios que sustentam a aparição dessa Justiça Penal Internacional"[147].

Nesse sentido, ganha relevo o questionamento proposto por Mirjan Damaska acerca da viabilidade e da utilidade em se estabelecer função que tenha maior amplitude e/ou peso nessa esfera. Assim, a partir da adequada constatação de que os Tribunais penais internacionais se deparam com leque muito maior de objetivos a serem concretizados – dentre os quais podem ser referidos a elaboração de um registro histórico dos crimes cometidos, a satisfação de um número significativo de vítimas, a manutenção da paz e da segurança internacionais etc – do que os Tribunais nacionais, normalmente movidos preponderantemente pela busca da prevenção e retribuição, o autor sustenta que a função pedagógica deveria ser considerada como objetivo primordial[148].

Nesse ponto, impõe-se esclarecer que, embora não pareça adequada a adoção do escopo pedagógico como objetivo supremo dos julgamentos penais internacionais – ainda que se adote interpretação extensiva para que signifique algo semelhante à prevenção geral positiva – há que se reconhecer o papel crucial que exerce sobretudo na delimitação e fortalecimento dos valores compartilhados pela comunidade internacional com o julgamento desses crimes na esfera supranacional. Claus Kreß, por seu turno, realça a posição do Tribunal

---

[147] Mireille Delmas-Marty. Droit pénal et mondialisation. In : *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*. Paris : Dalloz, 2006. p. 10: "La criminalisation semble imposée par l'universalisme de valeurs qui conduit à sanctionner les crimes internationaux 'les plus graves', mais sans définir les critères qui sous-tendent l'apparition d'une justice pénale supra-nationale".

[148] Mirjan Damaska. Problematic Features of International Criminal Procedure. In: CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 180-4. Há que se observar que, embora o autor proponha a discussão com vistas ao desenvolvimento de análise na área do direito processual penal internacional, não há dúvida de que igualmente interessa à esfera do direito substantivo. Em relação à dita função de elaboração de um registro histórico, correto o entendimento do autor croata quando coloca em evidência as significativas diferenças existentes entre a função do juiz e a do historiador: os juízes devem zelar pela razoável duração do processo enquanto estes podem "seguir a lenta respiração da história"; a reconstrução fática em sede judicial é realizada a partir, senão exclusivamente, ao menos preponderantemente, da lógica do conflito de interesses das partes envolvidas, ainda que se incluam as vítimas, ao lado do autor e réu, legitimadas a atuar no âmbito do TPI (*Ibid*, p. 180).

no sistema ONU. Na visão do autor[149] o TPI – ao lado do sistema de segurança predominantemente preventivo da Carta da ONU – representará, no futuro, um dos pilares centrais do mundo pautado pela paz[150].

Como previsto em seu instrumento constitutivo o Tribunal é independente[151] e possui personalidade legal própria[152]. Uma crítica geralmente suscitada diz respeito à suposta submissão do Tribunal ao Conselho de Segurança da ONU. Se de um lado, é correto afirmar que foi preservado significativo poder do Conselho de Segurança ao ser-lhe outorgada a faculdade de indicar determinada situação para apreciação do Procurador[153] e, em seguida, dos juízes do Tribunal, de outro, não há dúvida de que este goza da independência funcional necessária ao livre desempenho de suas funções sem ingerência de nações que possam ter algum tipo de interesse na demanda[154].

Conforme afirmou Antonio Cassese, em discurso proferido ao receber o prêmio *Erasmus* em 2009, "somente o Tribunal Penal Internacional surgiu em decorrência de um legítimo desejo de fornecer justiça na esfera internacional independentemente de quaisquer considerações políticas e sem levar em consideração qualquer conjuntura geo-política"[155].

---

[149] Ilustrativo nesse ponto também artigo de Hans-Peter Kaul, Juiz do Tribunal: A Corte Internacional Criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos. In AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 109-124.

[150] Claus Kreß. The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 143. Para uma avaliação conjunta dos objetivos, conquistas e deficiências do sistema ONU, ver Antonio Cassese. IL, p. 320-338;

[151] Artigo 2, ER.

[152] Artigo 4(1), ER.

[153] Artigo 13(b), ER. Como se sabe, um caso pode ser iniciado não somente por solicitação de Estado-Parte (artigos 13(a) e 14, ER) e do Conselho de Segurança da ONU, como também pelo próprio Procurador (artigos 13(c) e 15, ER), sendo necessária, nessa última hipótese, a confirmação por uma das Câmaras de Instrução ("Pre-Trial Chamber"). Ver Capítulo III.1, *infra*, com mais referências.

[154] Sob outro aspecto deve ser compreendida, assim, a cooperação dos Estados com o Tribunal, disciplinada na Parte IX do Estatuto, para que este possa cumprir adequadamente sua função.

[155] Antonio Cassese. Reflections on International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, p. 274. Trata-se de trecho do discurso proferido pelo autor ao receber o prêmio Erasmus em 2009: "only the International Criminal Court was born out of a genuine desire to dispense justice at the international level regardless of any policy considerations and without taking into account any geo-political context".

À luz dessas ponderações surge inevitavelmente a discussão em torno da universalidade dessa jurisdição penal internacional[156] e da igualdade de tratamento frente os crimes de sua competência cometidos nas diversas partes do mundo. Em relação à primeira, o número crescente de ratificações[157] do Estatuto e das emendas relacionadas ao crime de agressão[158] é indicativo da progressiva aceitação da legitimidade e importância da função do Tribunal pelos Estados que compõem a comunidade internacional.

A segunda reflexão é mais complexa[159] e certamente não pode ser inteiramente abarcada nesse estudo. Comumente a resistência dos EUA – manifestada seja por meio da não ratificação do Estatuto[160], seja por intermédio das medidas tomadas para garantir que nenhum soldado norteamericano viesse a ser processado pelo Tribunal[161] – é usada como exemplo da resistência que a *Realpolitik* pode oferecer à justiça. Cumpre consignar, dessa

---

[156] Esse ponto é foi realçado recentemente em entrevista concedida por Sylvia Steiner, Juíza do TPI há mais de dez anos (*Revista Anistia politica e justiça de transição 8*, 2013, p. 30-31): "eu creio, sinceramente, que o tempo mostrará que a vocação universalista do TPI pode ser realizada. Não só pode: deve".

[157] O Estatuto foi ratificado por 122 Estados-Partes conforme informado por relatório do Tribunal à ONU. "Report of the ICC - August 2013".

[158] As quais já foram ratificadas por diversos Estados.

[159] Dois artigos de M. Cherif Bassiouni contribuem para a análise da questão. Uma visão macroscópica é desenvolvida em *The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik* (*Georgia State University Law Review 22*, 2006, p. 559) ao afirmar que "International criminal justice requires a comprehensive and integrated approach that relies on the complementarity of international and national systems of justice, but it must especially rely on effective international cooperation in combating international criminal crimes. The precondition for this approach is the removal of politics from international criminal justice" (*Op. cit*, p. 559). De outra parte, visão minuciosa e intimamente relacionada com discussão subsequente do presente estudo é encontrada em *International Criminal Justice in Historical Perspective: The Tension Between State's Interests and the Pursuit of International Justice* (In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 141): "governments have never abandoned the pursuit of their interests. What has changed is the style with which government address issues os international criminal justice. The new style is not to openly challenge international criminal justice but to achieve political goals by bureaucratic and financial means, which involve the control of the structures, their operations, personnel, and more importantly, their resources".

[160] Nesse ponto Claus Kreß. (The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 145) traz elucidativas colocações. Se a oposição dos EUA é indicativa da tensão ainda presente no direito internacional contemporâneo entre as aspirações da comunidade internacional e o desejo de supremacia de algumas nações, a não utilização de seu poder de veto no caso de Darfur indicado pelo Conselho de Segurança (Resolução nº 1593, de 31.03.2005) pode ser vista, senão como uma vitória "dos princípios da universalidade e igualdade", como um gesto que permitiu o funcionamento do Tribunal.

[161] Ver Resolução 1422 do Conselho de Segurança da ONU.

forma, que se parte da premissa de que a melhor postura[162] para analisar criticamente o Tribunal Penal Intrnacional e sua forma de atuação frente à comunidade internacional não é simplesmente negando sua legitimidade[163], mas sim analisando construtiva e criticamente os diversos aspectos envolvidos nessa tarefa; interessando ao presente estudo, como referido, sobretudo as opções hermenêuticas dos juízes do Tribunal em relação à figura da autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder (AM-AOP)[164].

Há, indubitavelmente, inúmeras outras reflexões favorecedoras de compreensão ampliada do objeto do presente estudo. O papel do TPI frente ao desafio de se alcançar a paz em nível mundial (acima brevemente discutido)[165], a utilização e relevância de métodos alternativos à justiça penal internacional na resolução de controvérsias no contexto das justiças de transição[166], são certamente algumas delas. Para que não essa alça do caminho

---

[162] Interessante, a esse respeito, a afirmação de Martti Koskenniemi (The subjective dangers of projects of world community. In CASSESE, Antonio. *From utopia to reality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 03: "a realistic utopia can only begin with the critique of present institutions") pelo reconhecimento de que "uma utopia realista só pode ser desenvolvida a partir da crítica das instituições presentes"[162].

[163] Dentre as objeções levantadas por Daniel Pastor (El sistema penal internacional del Estatuto de Roma In *Estudios sobre Justicia penal – homenaje al Profesor Julio B. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2005. p. 713), possivelmente a mais complexa e difícil de ser respondida é a seguinte: "é moralmente justificável a globalização apenas da função penal, enquanto a efetiva implementação dos direitos humanos para todos, proclamados na Carta das Nações Unidas e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, segue sendo [...] um conjunto de promessas descumpridas"? O autor afirma peremptoriamente que não.

[164] Ao rechaçar a posição daqueles que defendem a abolição da Justiça penal internacional e que criticam o caráter simbólico que lhe é inerente, Stefano Manacorda (*Imputazione Collettiva e Responsabilità Personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*. Turin: G. Giappichelli, 2008, p. 53-54): faz ver que "collocandosi in un'ottica di rigetto del dato normativo, tali posizioni adottano una prospettiva incompatibile con quella che ispira la presente ricerca: obiezioni di tal fatta muovono, infatti, ad una critica radicale al sistema originata da una visione 'esterna', che si interroga sul profilo della legittimazione ma si esime dall'esplorare – se non per sommi capi e coerentemente con le premesse – i meccanismi effettivi di funzionamento della giustizia penale internazionale".

[165] Não perdendo de vista as manifestações dos juristas que estiveram envolvidos na criação do TPI, trazidas acima, digna de menção a posição de William Schabas (*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 43) a esse respeito: "the claim that justice is necessary for a lasting peace does not seem to constitute a universal truth. There are many examples of lasting peace where there is no accountability for atrocities, just as there are examples of conflicts that recur even when some justice has been delivered. Often, it seems the debates are oversimplified, reducing the complex challenges of peacemaking to a few trite legal formulae".

[166] Um dos exemplos comumente citados é o processo de transição da África do Sul pós-*apartheid*. Se há parte da doutrina que reconhece a importância da renúncia à punição para se chegar a uma solução restaurativa, identifica-se, outrossim, quem aponte para aspectos controvertidos dessa transição. Nesse diapasão, James Cockayne (Truth and Reconciliation Commission. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 553) chama atenção para o fato de que "some surveys of apartheid era victims […] indicate a broad South African perception of the process as

não se dintancie muito do eixo central que leva à Roma, convém passar à discussão da responsabilidade penal individual.

'effective', although there is evidence this may vary across ethnic groups". Indo além e visivelmente tocando no cerne da questão Delmas-Marty (*Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ?* Paris : Seuil, 2011, p. 143) sustenta que "en Afrique du Sud, le modèle retenu disqualifie la peine au profit d'une réconciliation ey d'une reconstrution impliquant une amnestie d'une type nouveau, synomyme non plus d'oubli mais de mémoire apaisée. Cette diversité accroît la difficulté à imaginer, à partir de l'interdit de l'inhumain, une réponse : comment, au nom de cette communauté humaine impossible à localiser dans l'espace et à stabiliser dans le temps, décider de punir ou de pardonner la transgression des interdits communs ?". Em relação a questão "quem deve perdoar, Cláudia Perrone-Moisés (Forgiveness and crimes against humanity: a dialogue between Hannah Arendt and Jacques Derrida, 2006. Disponível em: <hannaharendt.net>. Consulta: 03.12.2013) traz os ensinamentos de Jacques Derrida, nos seguintes termos: "with reference to the decharacterization of forgiveness, having in mind the question "who should forgive?", Derrida gives the example of the South African woman whose husband had been imprisoned and tortured, who, before the Commission for Truth and Reconciliation, said: a commission or a government cannot forgive. Perhaps only I could do it. But I am not ready to forgive".

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL

"O crime não fala, ele é mudo como o mármore. Incumbe ao escultor retirar a estátua que dorme nele, jovem dançarina ou guerreiro"[167]. Se o cinzel serve de ferramenta ao escultor para que faça surgir a obra de arte mentalmente idealizada, na área penal – seja na Justiça penal interna dos Estados, seja na esfera dos tribunais penais internacionais – esse trabalho de "esculpir" o crime é, sem dúvida, composto por uma multiplicidade de "ferramentas" e protagonistas.

Como comumente apontado pela doutrina[168], e corroborado nos capítulos precedentes, um dos maiores desafios no contexto do direito penal internacional consiste em serem encontradas categorias de intervenção no fato punível[169] capazes de dar conta dos fenômenos criminosos[170] submetidos à prudente apreciação dos juízes internacionais. Não é

---

[167] Jacques Vergès. Serial Plaideur. Texto integral da peça apresentada, em 21.09.2008, no "Théâtre Madeleine", Paris, França, p. 18.: « Le crime ne parle pas, il est muet comme le marbre. Il appartient au sculpteur d'en tirer la statue qui sommeille en lui, jeune danseuse ou guerrier ».

[168] Jens David Ohlin. Joint Intentions to Commit International Crimes, *Chicago Journal of International Law 11*, 2011, p. 694: "collective criminal action has been-and remains-the most contentious area of substantive international criminal law".

[169] Na visão compartilhada de MANACORDA, Stefano Manacorda e Chantal Meloni (Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law? *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, p. 160): "it is notoriously difficult to find the right mechanisms to bring such high-level perpetrators to justice and, even if such difficulties can be overcome, framing the criminal responsibility of these leaders within the modes of participation recognized in domestic criminal law remains highly problematic".

[170] Para Kai Ambos o objeto de tutela do direito penal internacional é a macrocriminalidade. Assim, apoiando-se no ensinamentos de Herbert Jäger, o autor a define como "'comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva'", a qual se diferencia não só da criminalidade comum como também das relacionadas ao denominado crime transnacional "debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado" (*La parte general del derecho penal internacional – Bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 44). No sentido de também atribuir a Jäger os primeiros estudos (1967) acerca da macrocriminalidade: Stefano Manacorda *Imputazione Collettiva...* p. 60 e 71. Outro é o entendimento de Mireille Delmas-Marty (Violence and Massacres Towards a Criminal Law of Inhumanity? *JICJ 7*, 2009, p. 5-17 (p. 13) para quem "the notion of 'system criminality' was first propounded by B.V.A. Röling, The Law of War and the National Jurisdiction Since 1945, 100 Hague Recueil (1960-II)".

por outra razão que Stefano Manacorda afirma que o princípio da responsabilidade penal individual é o nó górdio dessa área do direito[171].

A ausência de teoria do delito[172] específica para essa vertente do direito foi ressaltada na exposição de motivos do Código Penal Internacional alemão (*Völkerstrafgesetzbuch*) nos seguintes termos: "o autêntico conteúdo do injusto internacional não está compreendido atualmente pelo direito alemão vigente"[173]; o ER "criminaliza formas de comportamento que não podem ser compreendidas senão com dificuldade ou sob hipótese nenhuma pela parte geral do direito penal".

A partir disso, correta a avaliação de Jens David Ohlin no sentido de que o grande desafio nessa área é construir uma teoria que consiga dar conta não somente da dimensão coletiva dos comportamentos em questão como da responsabilidade pessoal do

---

[171] Stefano Manacorda. The principle of individual criminal responsability - a conceptual framework. Foreword. *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, p. 913: "the issue of criminal responsibility still constitutes the Gordian knot in both the practice and theory of international criminal law".

[172] Merece ser referida a proposta feita por Claus Marxen (Beteiligung an schwerem systematischem Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre. In LÜDERSSEN, Klaus (ed.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 220-236) explicitada por Kai Ambos (A Parte Geral..., p. 181): Marxen, com vistas à construção da teoria do delito de direito penal internacional – esta entendida como o "sistema de princípios axiomáticos reconhecidos para a compreensão conceitual do delito de direito internacional – propõe a resolução de duas questões: "o problema de gravidade" e "o problema de estrutura". O primeiro seria traduzido pela exigência de que a conduta imputada apresentasse determinada dimensão de gravidade para ser considerado um crime de direito penal internacional. Em relação ao segundo, com vistas à superação da dificuldade consistente no fato da estrutura tradicional do delito estar voltada à imputação individual e, em razão disso, não ser "apropriada para compreender a atuação num "injusto sistemático", o autor sugere "um 'sistema de imputação' composto de 'três elementos' e de 'elos de comunicação'". Nesse sentido os "três elementos" seriam respectivamente: a "conduta concreta", o "contexto criminal supra-individual" e o "resultado do crime". Já os "elos de comunicação estabeleceriam a relação de imputação entre estes elementos", o que tornaria esta imputação "'móvel', 'pela inserção do elemento intermediário do projeto total'; entre a pessoa individual que atua e o resultado do crime não deveria existir 'nenhuma comunicação direta'".

[173] ANEXO 2. In Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – Contribuciones de America Latina y Alemania. Uruguay: Konrad-Adenauer Stiftung, 2006, p. 531: "los tipos penales alemanes vigentes ya comprenden ampliamente como hechos concretos las formas de comportamiento amenazadas con pena en el Estatuto de la CPI, de modo que las mismas se encuentran criminalizadas la mayoría de las veces como 'delitos comunes' mediante un tipo penal concreto o una combinación de varios tipos. Pero el auténtico contenido de injusto internacional no está comprendido en la actualidad en el Derecho alemán vigente. […] A ello se añade que el Estatuto de la CPI en parte criminaliza formas de comportamiento que no pueden ser comprendidas sino con dificultad o incluso en absoluto por el Derecho penal general". Merecem menção, outrossim, dois dos objetivos expressos na codificação referida: "comprender mejor lo injusto específico de los crímenes contra el Derecho internacional de lo que es posible en la actualidad con el Derecho penal común; favorecer a través de estandarizaciones en una regulación unificada la claridad jurídica y la manejabilidad en la práctica" (Ibid, p. 530-531).

indivíduo implicado no plano criminoso comum[174]. Para Kai Ambos trata-se "do desenho de um sistema de delito no direito penal internacional, que pretenda validade universal, desde o ponto de vista da teoria das fontes, e que seja eficiente e compreensível"[175]; na sua visão, "a elaboração da estrutura ou do conceito universal de crime pode representar atualmente "o mais ambicioso projeto de pesquisa de direito penal comparado"[176].

Como se percebe, a atualidade da ressalva feita por Roxin em 1963 – em relação à dificuldade de esquadrinhar crimes de guerra, crimes cometidos pelo Estado e por organizações por meio dos instrumentos criados pela dogmática para dar conta da criminalidade comum[177] – é veemente. A partir dessas considerações, convém ponderar que, em que pese a normativa do ER trazer disciplina dogmaticamente mais elaborada da responsabilidade penal individual – sobretudo em comparação ao tratamento incorporado aos estatutos dos tribunais penais internacionais predentes[178] – a mera leitura das hipóteses previstas nos artigos 25 e 28 revela o abismo que separa a realidade criminosa das construções legais.

Nesse contexto, a opção interpretativa realizada no *caso Lubanga*[179] e posteriormente aprofundada em decisões subsequentes pela adoção da teoria do domínio do fato como chave interpretativa do artigo 25 e a consequente intepretação da hipótese do cometimento de crime por intermédio de outrem[180] à luz da teoria de Claus Roxin do domínio da vontade em razão de aparatos organizados de poder, acima discutida, assumem crucial importância na avaliação não somente da jurisprudência do Tribunal, como da função que vem

---

[174] Jens David Ohlin. Joint Intentions to Commit International Crimes. *Chicago Journal of International Law 11*, 2011, p. 694.

[175] Kai Ambos. *La parte general*... p. 48.

[176] Essa a posição de Kai Ambos (Toward a universal system of crime: comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law. *Cardozo Law Review*, nº 28, 2007, p. 2647): "maybe the most ambitious project of comparative criminal law research these days is the elaboration of a universal structure or concept of crime (*Verbrechenslehre*, *teoría del delito*, *teoria del reato*), that is, the rules, structure or system according to which we decide that a certain person deserver punishment for a certain conduct".

[177] Ver Capítulo II, *supra*.

[178] Ver Capítulo I, *supra*.

[179] Ver Capítulo 5.1, *infra*.

[180] Artigo 25(3)(a), terceira hipótese.

desempenhando frente a comunidade dos Estados. Podem ser enxergados, dessa forma, como sendo os primeiros passos que levarão à construção da teoria do delito específica para os crimes de competência do Tribunal.

A partir disso, impõe-se abordar, inicialmente, a jurisprudência do pretório de Haia que coloca em destaque o caráter penal da função que lhe foi outorgada, para então passar a discutir alguns julgados nos quais são assentadas premissas intimamente relacionadas à responsabilidade penal individual. Da avaliação conjunta da normativa e prática do Tribunal exsurge, senão a exclusividade, ao menos certamente a prevalência da função penal. O artigo 25(1) é claro ao estabelecer a exclusividade do exercício da jurisdição em relação a pessoas físicas e a alínea (4) do mesmo dispositivo legal resguarda a possibilidade de que os fatos em questão ensejem paralelamente a responsabilidade dos Estados nos termos do direito internacional em vigor.

Em diversas decisões a competência dos juízes internacionais para investigação, processo e, em sendo o caso, condenação do réu pelo cometimento de crime de sua competência é colocada em destaque. No *caso Procurador v. Joseph Kony e outros* esse ponto é explicitado – "o propósito do processo penal é a apreciação da responsabilidade penal individual" – levando à conclusão de que "a Câmara não pode exercer jurisdição sobre um indivíduo morto"[181]. No mesmo diapasão, Kai Ambos afirma que a principal função do TPI é processar e punir crimes já cometidos[182].

---

[181] *Caso Procurador v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Raska Lukwyiya e Dominic Ongwen*, Decision to terminate the proceedings against Raska Lukwyiya, ICC-02/04-01/05-248, P-TC II, 11.07.2007, p. 04: "the purpose of criminal proceedings is to determine individual criminal responsibility and […] the Chamber cannot exercise jurisdiction over a person who has been deceased". Esse entendimento foi mantido em Decisões posteriores que enfrentaram a mesma questão: por ocasião da morte de Gaddaffi (*caso Procurador v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi*, ICC - Decision to Terminate the Case Against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, ICC-01/11-01/11-28, P-TC I, 22.11.2011, p. 04).

[182] Dessa forma, por atuar de maneira repressiva e *ex post factum*, conclui o autor: "preventive protective measures of witness protection, *e.g.* by non-disclosure, are none of its business" (Kai Ambos. The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor* v. *Lubanga*): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues, *International Criminal Law Review 12*, 2012, p. 126, nota 82). Com entendimento diverso, Héctor Olásolo (La función de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna: de la doctrina de la intervención humanitaria y de las instituciones judiciales ex post facto al concepto de responsabilidad de proteger y la función preventiva de la Corte Penal Internacional. *Revista Liberdades*, janeiro-abril 2011, p. 42) argumenta favoravelmente à função "preventiva" do Tribunal. Na visão do autor, ao lado das

Dessa forma, apesar do Estatuto conferir às vitimas direito à participação nos procedimentos[183] e haver jurisprudência minoritária defendendo a necessidade de expansão do escopo de atuação do Tribunal[184], revela-se correto afirmar que a sua principal função consiste na avaliação judicial da culpa dos indivíduos acusados do cometimento de crime previsto em seu Estatuto.

Em se admitindo como procedente a prevalência da função penal[185] que se vem de evidenciar, restaria então indagar quais elementos integram e/ou deveriam integrar a política criminal[186] do Tribunal para que a intepretação das categorias do delito se desse em conformidade com os cânones da moderna cultura penal. Um aspecto, nesse sentido, que

---

funções de prevenção geral positiva – concretizada por intermédio da aplicação do direito penal internacional e, em consequência, pela proteção dos bens jurídicos que se visa proteger – e prevenção geral negativa – neste caso implementada pela veiculação às classes dirigentes mundiais da mensagem que não haverá impunidade caso crimes sejam cometidos – o TPI deveria intervir preventivamente em duas situações: quando houver ameaças concretas de que serão cometidos crimes atrozes ou quando estes já estejam sendo cometidos.

[183] Ver Capítulo III.1, infra.

[184] Posição da Juíza Odio Benito externada no julgamento de Lubanga: *Caso Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, ICC-01/04-01/06-2842, TC I, 14.03.2012, § 8: "I deem that the Majority of the Chamber addresses only one purpose of the ICC trial proceedings: to decide on the guilt or innocence of an accused person. However, ICC trial proceedings should also attend to the harm suffered by the victims as a result of the crimes within the jurisdiction of the Court. […] The harm suffered by victims is not only reserved for reparations proceedings, but should be a fundamental aspect of the Chamber's evaluation of the crimes committed".

Posteriormente, na Decisão que estabeleceu os princípios e procedimentos a serem aplicados na reparação às vitimas a TC I colocou em destaque – ao que parece não alterando o entendimento prévio da Câmara relativo à função primordial do Tribunal e portando em *obter dicta* – a necessidade de se ir além da perspectiva exclusivamente punitiva: "the Statute and the Rules introduce a system of reparations that reflects a growing recognition in international criminal law that there is a need to go beyond the notion of punitive justice, towards a solution which is more inclusive, encourages participation and recognises [*sic*] the need to provide effective remedies for victims" (*Caso Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, ICC-01/04-01/06-2904, TC I, 07.08.12., § 177).

[185] Na perspectiva de Mireille Delmas-Marty (Violence and Massacres Towards a Criminal Law of Inhumanity?, *Journal of International Criminal Justice 7*, 2009, p. 12) a construção desse sistema punitivo internacional está diretamente relacionada ao desenvolvimento de três condições básicas: "to resist the temptation of the relativism of combat that underlies the model of the criminal law of the enemy and contribute to the setting up of a criminal law of inhumanity as a model with a universal, or 'universalizable', mission, the alternative must be credible, and must thus manage to reconcile legitimacy and efficacy. Hence three conditions are necessary: the first regarding the definition of the crimes, the second relating to the assignment of responsibility and the third concerning the nature of the punishment".

[186] A esse respeito, elucidativo o esclarecimento de Silva Sánchez, p. 107: "quanto à perspectiva político-criminal, obviamente o resultado dependerá do valor ou valores que se adotem como ponto de partida da construção jurídico dogmática". Fica em aberto, por hora, a questão em torno dos valores adotados no âmbito do TPI.

merece destaque relaciona-se a adequação da priorização seja pela política do gabinete do Procurador, seja pela jurisprudência do TPI da responsabilização penal dos acusados que detenham a maior parcela de culpabilidade pelos crimes cometidos (*the most responsible*)[187]. Por hora é oportuno apenas ponderar a inexistência de consenso entre os juízes do Tribunal nesse ponto[188].

Outra reflexão relevante diz respeito à influência da perspectiva de combate à impunidade dos suspeitos do cometimento dos crimes previstos no Estatuto na intepretação e aplicação das formas de participação no plano criminoso comum. Por fim, pode-se trazer o princípio segundo o qual aumenta a responsabilidade penal do agente na medida em que se distancia do executor direto do crime. Caso o princípio seja verdadeiro, quais os critérios a emabasar essa maior culpabilidade? De posse dessas indagações passa-se a analisar, em um primeiro momento a relação entre responsabilidade penal individual e critérios de valoração de prova e, subsequentente, as formas de imputação previstas no Estatuto.

III.1) Responsabilidade penal individual e critérios de valoração da prova

A jurisprudência colacionada para análise no presente trabalho, como acima mencionado[189], é composta por decisões de natureza diversa e relacionadas a momentos procedimentais distintos. Dessa forma, para favorecer a compreensão global e sistemática das opções hermenêuticas dos juízes do Tribunal em torno das hipóteses de intervenção no fato punível, em geral, e da figura da AM-AOP, em particular, convém abordar, ainda que sucintamente, o princípio da complementaridade, alguns dos traços marcantes e a temática da

---

[187] Pensam dessa maneira Stefano Manacorda e Chantal Meloni (Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law? *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, p. 160): "in order to achieve its repressive and preventive functions, international criminal justice will only be successful if it centres on the 'minds and actions of individuals' who are alleged to be responsible for breaches of norms protecting the highest values of humanity, and those persons who stand trial before criminal courts must be those who take the decisions at the highest level, 'since the degree of criminal responsibility does not diminish as distance from the actual act increases; in fact, it frequently grows'".

[188] Ver Capítulo III.5, *infra*.

[189] Introdução *supra*.

progressão dos critérios de valoração da prova no processo penal internacional[190] perante o TPI.

Como se sabe, o TPI atua em aplicação do princípio da complementaridade, ou seja, a jurisdição do Tribunal somente é suscitada quando verificada inércia da jurisdição nacional, seja em razão de desídia política, seja porque inexiste poder judiciário adequadamente aparelhado para levar a cabo a persecução penal[191]. Como esclarece Cláudia Perrone-Moisés, o princípio da complementaridade, sob a perspectiva da comunidade internacional "inspira-se no princípio da justiça universal para os crimes considerados graves 'por seu caráter particular de horror e crueldade, de selvageria e barbárie', conforme os termos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (ONU), pois a razão de ser do Tribunal é impedir que, por razões políticas, interesses econômicos subjacentes ou problemas estruturais das jurisdições internas, os acusados de tais crimes fiquem sem julgamento"[192].

Justamente pelo fato de ter incorporado influências dos diversos modelos processuais existentes, é que se afirma que o modelo processual[193] do Tribunal é "misto" por excelência, ou "*sui generis*". Conforme esclarece Marcos Alexandre Coelho Zilli, em que pese a prevalência do "adversarial system", comum aos países da "common law", na prática dos Tribunais Penais Internacionais antecedentes, o resultado consubstanciado no Estatuto traz em seu bojo elementos do *inquisitorial system*, "característicos dos sistemas processuais da 'civil law'"[194].

---

[190] A esse respeito, confira: Salvatore Zappalà. *Human Rights in International Criminal Proceedings*. New York: Oxford University Press, 2003.

[191] Artigo 17, ER.

[192] Cláudia Perrone-Moisés: O princípio de complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea. In*: Política Externa*, São Paulo, v.8, n. 4, abr./maio 2000. p. 4.

[193] Na correta avaliação de Hans-Jörg Behrens (Investigação, julgamento e recurso. In AMBOS, Kai; (Org.); CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: RT. 2000, p. 63), o Estatuto do TPI representa "uma quebra de paradigmas" porque "pela primeira vez, os grandes sistemas legais do mundo foram convidados a estabelecer um código de processo que seja aceitável por todos eles".

[194] Marcos Alexandre Coelho Zilli. A prova ilícita... p. 139.Ademais há que ter claro que tais classificações possuem um valor eminentemente didático, de tal sorte que mais relevante que o encaixe de determinado instituto na moldura jurídico-conceitual "x" ou "y", revela-se a avaliação crítica de dois aspectos fundamentais: se esse instituto jurídico auxilia, e em que medida, o Tribunal a desempenhar seu papel, bem como se tal instituto está em consonância com os padrões impostos pelo devido processo penal internacional. Nesse sentido, Kai Ambos

Diante desse panorama, convém abordar alguns aspectos fundamentais da denominada *pre-trial phase* do procedimento perante o TPI. A competência dessa fase anterior ao julgamento é sucessivamente atribuída a duas Câmaras do Tribunal. A Câmara de Instrução (*Pre-Trial Chamber*, P-TC) tem sua atuação jurisdicional delimitada entre os momentos processuais representados pela abertura das investigações até a decisão de confirmação de acusações, ao passo que a Câmara de Julgamento (*Trial Chamber*, *TC*) atua desta decisão em diante, sendo oportuno apenas indicar a existência de Câmara de Apelação ("Appeals Chamber", "AC").

A fase de investigação preliminar pode ser iniciada de três formas, a saber: *i*) pelo encaminhamento de petição por Estado-Parte; *ii*) por indicação do Conselho de Segurança das Nações Unidas e *iii*) por iniciativa do Promotor do Tribunal, devendo-se observar que, nesta última hipótese, há necessidade de autorização da PT-C. Após a indicação de uma "situação" ao TPI, o Promotor deverá avaliar se há fundamento razoável para que seja instaurado um procedimento e iniciadas as investigações. Na hipótese de existir o necessário embasamento probatório a Acusação apresentará o documento de notificação das acusações[195] que servirá de base à audiência de confirmação das acusações. O critério a ser levado em consideração pelos juízes para a expedição de mandado em desfavor de determinado suspeito é previsto no artigo 58, do ER: existência de "motivos suficientes para crer que [...] pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal".

Dentre as faculdades que possui o acusado após o oferecimento das acusações pela Promotoria, convém citar a de impugnar as provas da Acusação, apresentar

---

(International criminal procedure: "adversarial", "inquisitorial" or mixed? *International Criminal Law Review 3*, 2003, p. 34-5) afirma que: "although most rules can be traced back to a common or civil law origin, they are rendered sui generis and unique in their application before the International Criminal Tribunals. Thus, it is not important whether a rule is either adversarial or 'inquisitorial' but whether it assists 'the Tribunals in accomplishing their tasks . . .' and whether it complies with fundamental fair trial standards".

[195] Regulamento 52, dos Regulamentos do Tribunal prevê as informações que devem constar no Documento contendo as Acusações ("Document containing the charges"). Os requisitos previstos nas alíneas (b) e (c) possuem íntima relação com o tema da imputação: "(b) A statement of the facts, including the time and place of the alleged crimes, which provides a sufficient legal and factual basis to bring the person or persons to trial, including relevant facts for the exercise of jurisdiction by the Court; (c) A legal characterisation of the facts to accord both with the crimes under articles 6, 7 or 8 and the precise form of participation under articles 25 and 28".

provas, requerer a produção de outros elementos de prova, dentre outras. Há, ainda, que se fazer menção à maior proteção dos interesses das Vítimas no âmbito do TPI[196].

Em seguida, nos termos do art. 61(7), do ER abre-se um leque de possibilidades de atuação para a P-TC, de tal sorte que lhe é facultado: decidir pela procedência da acusação e remeter o caso a julgamento; adiar a audiência para que a Acusação apresente novos elementos de prova ou para que sejam modificadas as imputações contidas no documento de notificação das acusações. O critério para a confirmação das acusações encontra-se insculpido no artigo 61(7), do ER e consiste na existência de provas suficientes a estabelecer razões substanciais no sentido de que o acusado cometeu cada um dos crimes que lhe são imputados (*sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged*)[197].

---

[196] Isso fica evidente se for comparada a regulamentação e prática dos Tribunais *ad hoc* com as do TPI. Se naqueles se lhes eram aplicados os direitos e obrigações das testemunhas, neste há a previsão de uma série de direitos e faculdades processuais com o objetivo de que não fiquem na dependência da atuação do Promotor. Embora não possuam os mesmos direitos e garantias da Acusação e da Defesa, podem participar, em regra, dentre outros momentos processuais, da audiência de confirmação das acusações, bem como apresentar suas conclusões e requerimentos após esta. Conforme depreende-se da Regra 85(a) das Regras de Procedimento e Prova deve ser considerada como vítima a pessoa natural "who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court". Os contornos foram melhor delineados na jurisprudência do Tribunal chegando-se ao seguinte conceito de vítima (*caso Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, TC I, 14.03.2012, § 14, ii): "someone who experienced personal harm, individually or collectively with others, directly or indirectly, in a variety of different ways such as physical or mental injury, emotional suffering or economic loss". Em relação à inclusão das vítimas indiretas nesse conceito, Kai Ambos (Kai Ambos. The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor* v. *Lubanga*): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues, *International Criminal Law Review 12*, 2012, p. 117) traz equilibrada ponderação: se de um lado deve ser bem recebida em decorrência do "huge collateral impact of international crimes on third persons and their sometimes immense emotional and psychological suffering", por outro, requer que se desenvolva "a comprehensive strategy with a view to limit the number of indirect victims-participants in a reasonable way so as not to completely disrupt or indefinitely delay the proceedings".

[197] Os contornos do critério em tela vem sendo melhor traçados nas decisões do Tribunal. No *caso Thomas Lubanga Dyilo* a P-TC I afastou a possibilidade de que servissem de parâmetro meras "suspeitas" ou "suposições" sublinhando a necessidade de que sejam protegidos os direitos da Defesa (DCC, § 37). e conclui que o critério dos "motivos substanciais para se acreditar..." deve permitir uma avaliação global dos elementos de prova existentes nos autos (DCC, § 39). Posteriormente, no caso *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* a P-TC I, do TPI, mantendo a linha de raciocínio acima desenvolvida, novamente no âmbito da *Decision on Confirmation of Charges*, decidiu que "a audiência de confirmação possui escopo e propósitos limitados de maneira que não deve ser vista como um 'mini-julgamento' ou como um 'julgamento anterior ao julgamento'" (§ 64). Tendo-se presente no espírito a relevância da audiência de confirmação das acusações no contexto do TPI – já que, via de regra o acusado encontra-se preso e permanecerá preso ao longo de toda a instrução do processo, seja na fase anterior, seja na fase posterior à confirmação das acusações – deduz-se

De todo o exposto, resta claro que o *standard* probatório exigido para a confirmação das acusações pode ser identificado em um ponto intermediário se comparado ao padrão exigido para a expedição de um mandado de prisão e aquele que se impõe ao ser proferida uma sentença condenatória ("o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável"), previsto no artigo 66.

Não pode deixar de ser feita crítica à tradução para o português incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto-lei nº 4.388/2002 eis que da forma como foi realizada não permite identificar essa progressão crescente[198].

A breve exposição na seara do direito processual não pretende esgotar a complexa análise dos exatos contornos desses critérios em cada uma das fases referidas. Prova dessa dificuldade é trazida nas recomendações feitas por um grupo de especialistas que se reuniram na Haia, buscando estabelecer as regras e princípios do processo penal internacional[199].

---

a necessidade de que os juízes realizem um avaliação criteriosa das alegações e elementos de prova apresentados pelas partes antes de remeter o caso a julgamento.

[198] Como se depreende da leitura das versões oficiais inglesa, francesa e espanhola os critérios são sucessivamente: i) para a expedição de um mandado de prisão, "there are reasonable grounds to believe that the person has committed a crime"; "il y a des motifs raisonnables de croire que cette personne a commis un crime" e "hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen"; ii) para a confirmação das acusações, "sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged"; "les charges pour lesquelles [la Chambre] a conclu qu'il y avait des preuves suffisantes" e "si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa" e, iii) para a condenação do acusado, "the Court must be convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt"; "la Cour doit être convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable" e "la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable". Dessa forma, a expressão escolhida "motivos suficientes", no âmbito do art. 58, do ETPI não parece indicar o mesmo que "substantial grounds". Por outro lado, nota-se que não é feita diferenciação na tradução entre "reasonable grounds" e "substantial grounds". Uma possível solução é a adoção da tradução "razões substanciais para se acreditar" como acima proposto. Todas as versões do Estatuto referidas estão disponíveis na página do TPI: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>. Consulta: 21.11.2013.

[199] No que toca a questão do *standard* da prova, D. Jacobs; F. Gaynor; M. Klamberg e V. Tochilovsky (International Criminal Procedure Expert Framework: "Towards a Codification of General Rules and Principles of International Criminal Procedure (Amsterdam/ The Hague, October 2011). p. 88-9), reconhecendo a dificuldade de serem feitas recomendações gerais em torno do *standard* da prova no contexto dos procedimentos realizados antes do julgamento, afirmam que o critério *prima facie case* deveria ser construído de maneira a corresponder ao objetivo da economia processual ao invés de permitir um pré-julgamento do acusado. Em face dessa conclusão, os autores recomendam que tal critério se aproxime da exigência de que esteja justificado o julgamento, ao invés de se exigir um demonstração de plano da culpa do acusado. Disponível em: < http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_25062/#results>. Consulta: 15.11.2013.

Por fim, cumpre referir que a sentença proferida no *caso Lubanga* revelou importante interface entre a audiência de confirmação das acusações e a apreciação da culpa individual: muitos dos aspectos relacionados à hipótese de intervenção no fato punível, decididos no âmbito da Decisão de Confirmação das Acusações, foram simplesmente ratificados pela maioria na sentença condenatória[200]. Prova de que o tema continua sendo debatido no Tribunal pode ser encontrada em sequencia de decisões proferidas no *caso Al Bashir*. Por ocasião da apreciação do cabimento de expedição do mandado de prisão a Juíza Anita Ušacka dissentiu da maioria consignando que era equivocada a exigência de que o reconhecimento da existência do dolo especial de destruir do crime de genocídio do suspeito fosse "a única decisão razoável", devendo-se verificar somente se é razoável[201].

Partindo da constatação de que o regime imposto pelo TPI é significativamente mais gravoso se comparado com a maioria dos sistemas nacionais, convém indagar se as balizas hermenêuticas adotadas pela jurisprudência do Tribunal que se vem de analisar atingem um adequado equilíbrio entre a garantia de um processo efetivo, em consonância com seus objetivos e a busca pelo respeito dos direitos do acusado. Essa discussão será retomada.

III.2) – Responsabilidade penal individual e sistema

Da análise até então realizada resta cristalino que o caminho percorrido até que fosse possível a aprovação do Estatuto do TPI pela maioria dos Estados presentes à Conferência de Roma, em 1998, é longo, tortuoso e cheio de percalços. O projeto iniciado nos de 1950-1954 só foi retomado – em grande parte, por força da dinâmica das relações internacionais ditadas pela Guerra Fria – em 1994 quando a Assembleia Geral requereu

---

[200] Nesse sentido, Kai Ambos (The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor* v. *Lubanga*): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues, *International Criminal Law Review 12*, 2012, p. 151-2) pondera que "the Chamber heavily relies in large parts on the PTC's confirmation decision, from extensively quoting from it to fully adopting the PTC's view. This shows that the work done at the confirmation stage is not in vain and that the confirmation decision does not only serve an important filter function but also contributes to the final judgment with regard to the charges it confirms". Ver também Mireille Delmas-Marty. Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC. *JICJ 4*, 2006, p. 02-11.

[201] *Caso Procurador v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, ICC-02/05-01/09-3, P-TC I, 04.03.2009, §§ 07 e ss.

novamente à Comissão de Direito Internacional da ONU que cuidasse da questão do estabelecimento de um tribunal penal internacional. A partir desse momento os esforços cresceram significativamente de maneira que, entre 1995 e 1988, a Assembleia Geral da ONU instituiu dois Comitês preparatórios para viabilização desse objetivo.

A respeito dos trabalhos preparatórios da Conferência de Roma, Cherif Bassiouni traz relevantes ponderações que contribuem à compreensão da disciplina da responsabilidade penal individual no Estatuto. Assim, o autor esclarece que após a substituição do Comitê ad hoc (*Ad Hoc Committee*) pelo Comitê Preparatório (*Preparatory Committee, PrepCom*), deve-se ao Embaixador Adriaan holandês Bos o impulso fundamental para que as negociações avançassem. Nesse contexto houve encontro reunindo o escritório do grupo com os coordenadores de diferentes segmentos em Zutphen do qual resultou o *Draft Statute* de 1998[202]. Com vistas ao aperfeiçoamento dessa versão do Estatuto e otimização das tratativas subsequentes ocorreu, posteriormente, encontro informal em Courmayeur no qual diversas diretivas forma traçadas e rearranjos institucionais implementados[203]. Contudo, como pontuado pelo autor, a falta de preparo de muitas das delegações fez com que as discussões havidas nesse último encontro se tornassem um indesejável *déjà vu*[204] em Roma.

---

[202] As perspectivas nesse momento, como faz ver Cherif Bassiouni (Negotiating the Treaty of Rome. *Cornell International Law Journal 32*, 1998, p. 445) não eram animadoras: "the length of the Draft Statute further complicated the delegates' task: it was 173 pages and consisted of 116 articles with some 1300 brackets for optional provisions and word choices. Working with such a text was difficult even for those who participated in the Ad Hoc Committee and the PrepCom, let alone for those delegates who were unfamiliar with it".

[203] Dentre essas diretivas, Bassiouni, (Negotiating the Treaty of Rome. *Cornell International Law Journal 32*, 1998, p. 447) refere as seguintes: "the Courmayeur participants discussed the organizational plan for the Conference's work, developed a strategy for the order in which the various parts of the Draft Statute would be discussed, and planned the work flow between the three official conference bodies – the Committee of the Whole, the Working Group, and the Drafting Committee"; "the Committee of the Whole, the Working Group, and the Drafting Committee would start their meetings on June 17, while the delegation heads were still presenting speeches at the Plenary"; "Parts 1 and 3 of the Draft Statute would be the first sections to be discussed by the Committee of the Whole and the Working Group since these parts were more likely to be accepted than other parts of the Draft Statute".

[204] *Ibid*, p. 449.

A Conferência de Roma desenvolveu-se de 17.06 a 17.07.1998, quando a esmagadora maioria das delegações presentes assinaram o texto adotado[205]. De posse desse breve panorama convém expor algumas facetas importantes da interface entre as negociações e o princípio da responsabilidade penal individual disciplinado no Estatuto.

Um primeiro aspecto digno de nota – que a primeira vista pode parecer redundante – diz respeito à natureza jurídica do Estatuto de Roma. Cuida-se de Tratado internacional multilateral idealizado, negociado e aprovado a partir da lógica do consenso[206] típica das tratativas diplomáticas[207]. Havendo a necessidade de compatibilizar as visões significativamente divergentes[208] das diversas delegações, oriundas de ordenamentos de famílias jurídicas[209], tradições culturais e valores em grande parte diversos, em um texto único e válido para todos naturalmente exige que sejam feitas concessões[210], bem como dificulta a construção de um texto sistematicamente harmônico e coeso em termos jurídicos.

Assim, se de um lado revela-se parcialmente procedente a crítica feita por parte da doutrina no sentido de que o Estatuto não representa um modelo "dogmaticamente

---

[205] Dos aproximadamente 150 Estados presentes, 120 votaram favoralvemente à adoção do Estatuto, conforme aponta William Schabas (*An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. ix).

[206] O então secretário geral da ONU Kofi Annan fez questão de colocar em evidencia esse ponto em seu discurso: "hhe work of the preparatory committees has shown what a complex issue this is, and how many conflicting principles and interests have to be reconciled".

[207] Nesse sentido: Antonio Cassese (The Statute of the International Criminal Court. In Selected Papers, p. 501): "it bears the mark of strong political and diplomatic differences over certains major issues".

[208] Nas palavras do diplomata sueco Per Saland, ápice do Working Group responsável pela Parte III, na Conferência de Roma, trazidas por Kai Ambos (Parte General, p. 453), "el artículo 31 representó con seguridad el objeto de negociación más complicado de la tercera parte del Estatuto: 'because of the conceptual differences which were found to exist between the various legal systems'".

[209] A esse respeito William Schabas (SCHABAS, William A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 424) afirma que "like much of the Rome Statute, it was a negotiated compromise crafted by jurists from very different legal traditions. Concepts and words in one system did not necessarily have the same connotations as they did in others".

[210] Philippe Kirsch; Darryl Robinson. Reaching Agreement at the Rome Conference. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I A). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 90-91: "many issues that werw formerly controversial have now been addressed in a manner obtaining consensus support. Delegations have worked creatively and constructively to find ways to address any legitimate concerns, without undermining the integrity of the Statute or the effectiveness of the Court".

refinado" de código penal[211], por outro com razão Albin Eser, refererindo-se especificamente ao artigo 25, ao realcar o avanço que representa em comparação com a regulamentação dos tribunais penais internacionais precedentes[212]. A expressa incorporação da hipótese de cometimento de crime por intermédio de autor direto plenamento culpável corrobora essa avaliação positiva.

Nesse sentido, à luz dos esforços despendidos pelos atores envolvidos nesse processo e do resultado obtido, deve-se reconhecer que o Estatuto, a despeito de inconsistências sistêmicas e antinomias pontuais, representa um passo decisivo na codificação do direito penal internacional[213] e na busca do progressivo aperfeiçoamento desse complexo *corpus iuris* em vias de formação.

Um aspecto polêmico surgido durante as negociações diretamente vinculado ao tema da responsabilidade penal individual que acabou restando sem solução prática é trazido por Bassiouni, quando sublinha que a não incorporação de definição em torno dos elementos objetivos do crime poderia gerar futuros problemas à luz da norma de garantia inserida no artigo 22[214].

---

[211] Kai Ambos. General principles of criminal law in the Rome Statute. *Criminal Law Forum* 10, 1999, p. 01: "The *Rome Statute* is not a dogmatically refined international model penal and procedural code. It could not be. But it is an attempt to merge the criminal justice systems of more than 150 States into one legal instrument that was more or less acceptable to every delegation present in Rome". Em sentido semelhante: Markus Dirk Dubber (Comparative Criminal Law. In REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (editors). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 1307): "the notoriously vague and often outright puzzling provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court are best read as reflecting negotiated diplomatic compromises rather than some carefully constructed comprehensive view of criminal responsibility".

[212] Albin Eser (Individual criminal responsibility... p. 768) "Article 25 by no means contains a comprehensive and definite compilation of all requirements essential for 'individual criminal responsibility', *as* the title of the article suggests. Nevertheless, it is equally fair to say that in this respect, Article 25 is not worse but rather better than earlier drafts of the international criminal code which contained even *less* explicit rules of international criminal responsibility".

[213] Para um estudo comparado: Kai Ambos (International Criminal Law at the crossroads: From ad hoc imposition to a treaty based universal system. In STAHN, C.; VAN DEN HERIK, L. (eds.). *Future perspectives on international criminal justice*. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2010, p. 161-177) que identifica um importante movimento da Justiça Penal Internacional realizado a partir do regime em certa medida excepcional dos Tribunais *ad hoc* rumo ao sistema mais estruturado – e talvez se possa dizer garantista – do TPI.

[214] Nas palavras do autor (Negotiating the Treaty of Rome. *Cornell International Law Journal 32*, 1998, p. 454): "the Statute's omission of the material elements of crimes, or *actus reus,* creates another problem area. During the Conference, an article defining *actus reus*was dropped from the Statute because some delegations could not agree

Outro ponto relevante diz respeito a regulamentação dos intitutos integrantes da "Parte Geral"[215]. O ER é constituído por Preâmbulo e treze Partes, sendo a Parte III – intitulada "Princípios Gerais de Direito Penal" – a de maior relevância ao presente estudo por abarcar dois relevantes conjuntos normativos relacionados à imputação: o primeiro deles vem disciplinado no artigo 25[216] (responsabilidade penal individual) e o segundo (responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos), insculpido no artigo 28[217]. Assim, juntamente desses dispositivos há inúmeros outros espalhados[218] pelo Estatuto disciplinando temas fundamentais da Parte Geral[219].

---

on its content. However, until the last moment, the Draft- ing Committee expected to receive such a provision. Lacking a provision on the elements of crimes, the Court will have to determine what constitutes an act or omission by analogy to national legal systems. However, Article 22(2) specifically excludes interpretation by analogy". A segunda conclusão pelo reconhecimento de que ""article 22(2)'s prohibition of interpretation by analogy also conflicts with Article 31(3), which allows the Court to develop other grounds for exclusiori from criminal responsibility", contudo, não parece de todo acertada. A legitimidade de construção pela jurisprudência do Tribunal de outras formas de exclusão da responsabilidade penal do réu encontra amparo no *favor rei*, ou, mais especificamente, na intepretação *in bonam partem*. Em relação à possibilidade de que os juízes do Tribunal recorram, cmo fulcro no artigo 21, do Estatuto ao direito interno dos Estados para fins integrativos, Hans-Heinrich Jescheck (The general principles of International Criminal Law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute, *JICJ* 2, 2004, p. 40) aponta para aspecto pouco explorado na doutrina: "the ICC Statute goes even further in Article 21(1)(c), where it upholds the applicability of the 'general principles of law derived by the court from national laws of legal systems of the world'. It was necessary for international criminal law to take this approach because classic international law did not offer sufficient rules of criminal law. National law was not only to fill these gaps, but also to take psychological reasons into account".

[215] Ganha relevo nesse quadro o trabalho empreendido por Kai Ambos (*La parte general del derecho penal internacional – Bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005; *A Parte Geral do Direito Penal Internacional – Bases para uma elaboração dogmática*. Trad. de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Daniel Andrés Raizman. São Paulo: RT, 2008) no qual desenvolve abrangente estudo em torno de vários institutos da Parte Feral do direito penal internacional, especialmente das formas de imputação.

[216] Artigo 25(3) ER.

[217] Artigo 28 ER.

[218] Essa estruturação do Estatuto não se vê livre de críticas. Essa a posição de Bassiouni (Negotiating the Treaty of Rome. *Cornell International Law Journal 32*, 1998, p. 454), ao colocar em questão, *inter alia*, a adequação de se prever a presunção de inocência no artigo 66; fora, portanto, da Parte III.

[219] Para Albin Eser (Individual criminal responsibility... p. 769-770), ainda que representem "componentes essenciais", tais dispositivos não compõem verdadeiramente uma Parte Geral em virtude de sua pequena quantidade e da maneira como foram desenhados. Partindo dessa premissa, o autor propõe, em relação ao tema da responsabilidade penal individual, sistematização fundada em quatro categorias de normas: *i*) o artigo 25, ETPI, acima referido; *ii*) os artigos que disciplinam outros aspectos da responsabilidade penal individual – dentre os quais merecem menção os artigos 22, 23 e 24 que trazem, respectivamente, os princípios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* e não retroatividade *ratione personae*, o artigo 30 que regulamenta os elementos subjetivos do crime ("mental elements", *mens rea*) e aqueles relacionados às causas de exclusão da responsabilidade penal, as quais encontram-se tanto no artigo 31 (deficiência mental, intoxicação, legítima defesa e defesa da propriedade e coação), como também no artigo 31 (erro de fato ou de direito), no artigo 32 (inimputabilidade dos menores de

Convém destacar, ainda, aspecto controvertido relacionado às opções teóricas que teriam servido de base à incorporação das categorias de intervenção no fato punível previstas no artigo 25(3). Ao tocar nesse assunto, Albin Eser insinua a existência de uma "agenda secreta"[220] dos idealizadores do Pacto ao afirmar que estes partiram de determinadas posições teóricas em relação à responsabilidade penal individual e a alguns de seus requisitos fundamentais, dentre os quais podem ser citados, de um lado "o requerimento do *actus reus* a exigir um ato intencional" e, de outro, "uma espécie de culpabilidade sem a qual não teria sido possível o reconhecimento do erro de direito e a coação"[221].

Ao apreciar os maiores desafios da ciência do direito penal por ocasião da última virada de século, Claus Roxin foi firme ao defender a tese de que, a despeito das diferenças existentes entre as múltiplas regulamentações ao redor do mundo, a Ciência do direito penal é una[222]. Assim, partindo da premissa de que "as categorias jurídicas da teoria geral do delito são objeto de investigação universal em qualquer ciência desenvolvida do direito penal"[223], o autor defende que somente está à altura dos tempos quem busca

---

18 anos), no artigo 25(3)(f) (desistência voluntária) e no artigo 33 (obediência hierárquica). Merecem menção ainda as causas de exclusão da punibilidade inaplicáveis ao direito penal internacional, quais sejam a irrelevância da qualidade de oficial (artigo 27) e imprescritibilidade (artigo 29); *iii*) os "elementos faltantes" da responsabilidade penal, dentre os quais podem ser citados o consentimento da vítima, as causas gerais de justificação o princípio *tu quoque*[219] e *iv*) os requisitos tacitamente implícitos da responsabilidade penal, (*Ibid*, p. 770-3.

[220] Albin Eser. Individual criminal responsibility: "this abstinence of the Rome Statute from a comprehensive general part' does not mean, however, that the general requirements of criminal responsibility had been developed without any 'hidden agenda'". Indicando perspetiva diversa, Hans Vest (Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law. *JICJ 8*, 2010, p. 866) defende que: "the statutory regulation on the modes of individual criminal responsibility seems to be just another example of the compromises reached by the 1998 Rome States Assembly. Accordingly, there is little to wonder in that authors from both common law and civil law backgrounds have seen Article 25(3)(a) ICC Statute as representing their own legal tradition".

[221] Albin Eser. Individual criminal responsibility. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I B). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 773-4.

[222] Claus Roxin. La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro. Trad. Carmen Gómez Rivero In *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Francisco Muñoz Conde (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 402.

[223] *Ibid*, p. 403.

compreender o desenvolvimento das reflexões a nível internacional, além de suas fronteiras[224]. Tendo-se essa perspectiva em mente, passa-se a discutir

III.3) – *Societas delinquere non potest*

Da leitura do artigo 25(1), do ETPI[225] depreende-se que o Tribunal possui competência para julgamento apenas de pessoas físicas. Ainda que essa previsão possa ser considerada redundante[226] na medida em que coloca em evidência aspecto inerente ao princípio da responsabilidade individual, alguns esclarecimentos se mostram relevantes, sobretudo tendo-se em mente dois aspectos fundamentais, quais sejam, por um lado, a atual tendência – a despeito da inexistência de "padrões comuns de responsabilização de pessoas jurídicas reconhecidos globalmente"[227] – identificável em alguns países no sentido de se viabilizar a responsabilização penal das pessoas jurídicas[228] e, por outro, a possibilidade de que seja identificada no contexto de investigação pelo Procurador do TPI a relação entre empresas transnacionais – basta pensar nas grandes produtoras de armamento pesado – e os grupos responsáveis pelo cometimento dos crimes de competência do Tribunal. Estas discussões serão oportunamente retomadas. Por hora convém explicitar as razões que fizeram com que prevalecesse no Estatuto o princípio *societas delinquere non potest*.

Interessante observar que a despeito da firme posição da delegação francesa por ocasião da negociação do Estatuto na Conferência de Roma pela inclusão dessa forma de responsabilização e do fato de ter sido proposta pelo projeto final do "Working Group" forma restrita de responsabilização de organizações privadas, excluindo-se Estados e organizações públicas e sem fins lucrativos, tal intento não se viabilizou por uma série de razões. Em primeiro lugar, como esclarece Kai Ambos, a inclusão dessa forma de responsabilização

---

[224] *Ibid*, p. 404.

[225] Art. 25(1) "De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas".

[226] Kai Ambos. Article 25. Individual criminal responsibility. In TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd edition. München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 747: "as far as the jurisdiction over natural persons is concerned, paragraph 1 states the obvious […]. However, the decision whether to include 'legal' or 'juridical' persons within the jurisdiction of the court was controversial".

[227] Kai Ambos. Article 25… p. 747.

[228] Para visão do tratamento do tema no ordenamento alemão: Thomas Weigend. Societas delinquere non potest? A German Perspective. *Journal of International Criminal Justice 6*, 2008, p. 927-945.

distanciaria os trabalhos do Tribunal de sua verdadeira missão, qual seja a investigação e eventual processo e julgamento de suspeitos ou acusados do cometimento de crimes de sua competência.

Por outro lado, inevitavelmente surgiriam problemas no tocante à colheita e avaliação dos elementos de prova – os quais, em vista das peculiaridades dessa jurisdição, já não são poucos em se tratando de pessoas físicas. Por último, o autor alemão aponta para o fato de que a inexistência dessa categoria de responsabilidade penal em muitos ordenamentos acarretaria a inaplicabilidade do princípio da complementaridade.

Interessante observar que o país cuja dogmática serviu e continua servindo de modelo e inspiração a diversos outros ordenamentos do mundo não reconhece a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em artigo sobre o tema, Thomas Weigend sustenta corretamente que a admissão dessa forma de responsabilização exigiria a prévia reavaliação do conceito de conduta, bem como de culpabilidade individual[229].

Essa constatação ganha maior relevo na área do direito penal internacional, onde, como visto, o grande desafio da responsabilização penal consiste em identificar a exata função do agente ("dente") no sistema criminoso ("engrenagem").

III.4) – Responsabilidade penal individual *v.* responsabilidade estatal

Na esteira da busca por uma melhor compreensão da exata dimensão da imputação penal no contexto do ETPI, impõe-se brevemente diferenciá-la da responsabilidade estatal pelo cometimento de violações de direitos humanos. O artigo 25(4) é expresso ao estatuir que a disciplina da responsabilidade penal individual pelo Estatuto em nada prejudica eventual responsabilidade estatal, em conformidade com o direito internacional.

[229] Thomas Weigend. Societas delinquere non potest ? A German Perspective, *JICJ 6*, 2008, p. 927. Assim, a partir de crítica à tendência de flexibilização de garantias nos países em que essa tendência vem ganhando espaço – "it would be necessary to adapt certain concepts associated with a 'moralistic' criminal law to the new world of corporate liability. This adaptation has been easy in jurisdictions that have always been comparatively loose in attributing criminal responsibility, using concepts such as strict and vicarious liability when deemed necessary to reach criminal policy goals" – conclui que "although there seems to exist a strong worldwide trend toward a utilitarian, functional approach, I would take a deep breath before abandoning the special character of criminal law" (*Ibid*, 945).

Na lição de Vincent Pella, trazida por Mireille Delmas Marty, se o direito penal internacional vem sendo utilizado para que a paz internacional seja alcançada, "'não se pode e nem se deve' exluir de seu domínio o princípio da responsabilidade penal do Estado[230].

Integra a discussão em torno da relação entre as duas espécies de responsabilidade[231] ora em questão, a avaliação da viabilidade de serem utilizados precedentes de outros tribunais – como a Corte Internacional de Justiça e os pertencentes aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos – pelos juízes do Tribunal com vistas à formação de sua livre convicção. A Juíza Anita Ušacka, trouxe, em seu voto dissidente quando da solicitação de expedição de mandado contra o presidente do Sudão *Omar Al Bashir* ressalva de grande envergadura interpretativa nesse ponto ao afirmar que não se pode perder de vista as diferenças do escopo de atuação de cada um deles ao ser apreciada a relevância de suas decisões – podendo tratar-se também de parecere consultativo no caso da CIJ – para a resolução dos pontos controvertidos sob a apreciação dos magistrados do Tribunal[232]. A partir disso, em abono à sua conclusão, ressalta justamente a diferença de regimes em torno da responsabilidade penal e estatal[233].

---

[230] A autora (Mireille Delmas-Marty. *Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ?* Paris : Seuil, 2011, p. 102), observa que Pella (*La guerre-crime et des Criminels de guerre*. Paris: Pedone, 1946, p. 58) foi autor do primeiro projeto de crimes internacionais. Deve ser referido ainda o Curso dado pelo autor na academia de Haia: La répression des crimes contre la personnalité de l'Etat, *RCADI, 33*, 1930, p. 671-838.

[231] Ver Pierre-Marie Dupuy. International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. II). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009). p. 1085-1100.

[232] *Caso Procurador v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, ICC-02/05-01/09-3, P-TC I, 04.03.2009, § 3: "in order to reach a conclusion regarding the existence of reasonable grounds, the Chamber has looked to the findings and jurisprudence of other legal and quasi-legal bodies which have previously considered allegations of genocide. In my view, however, since there are substantial differences between the mandate of the Pre-Trial Chamber with regard to the present Application and the mandates of these other institutions, I also consider it important to appreciate the implications of such differences in determining the relevance of their findings and jurisprudence to the matter presently before the Chamber"

[233] "For example, since the International Court of Justice adjudicates only interstate disputes, its examination of genocide in the Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide was framed by the matter of state responsibility. In contrast, not only does the Statute provide solely for the criminal responsibility of natural persons, but a proposal to include responsibility for legal persons, including states and corporations, was explicitly rejected during the drafting process. (*Ibid*, § 4)"

Ademais, as conclusões em relação ao rechaço da responsabilidade penal dos entes morais desenvolvidas no item anterior favorecem a compreensão das diferenças entre os dois regimes e permitem concluir pela desnecessidade de se alongar nessa ponto.

III.5) – Formas de intervenção no fato punível previstas no Estatuto de Roma

Levando-se em consideração o escopo primordial de atuação do Tribunal – qual seja o processo e julgamento dos acusados do cometimento de crimes de sua competência – genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra[234] – exsurge a importância das opções interpretativas relacionadas às formas de intervenção no fato punível previstas em seu instrumento constitutivo. Assim, facilmente se percebe que longe de tratar-se de mera prevalência de um modelo teórico em detrimento de outro, o estabelecimento de bases hermenêuticas sólidas em torno da responsabilidade penal individual representa pressuposto para a progressiva consolidação da legitimidade do Tribunal perante à comunidade internacional[235].

Da análise até então realizada restou demonstrado que, embora a realidade criminosa sob julgamento seja, na maioria dos casos, o resultado de um esforço coletivo e implementado de forma sistemática – dificultando, assim, a compreensão e subsunção às

[234] As alterações aos artigos 8 e 15 que disciplinam, inter alia, a tipificação do crime de agressão foram aprovadas, mas ainda não entraram em vigor, conforme se depreende da Resolução 6 de 11.06.2010 do RC.

[235] Nesse sentido, A esse respeito Cherif Bassiouni (. The ICC- Quo Vadis? *JICJ 4*, 2006, p. 426) esclarece que: "the legitimacy of the ICC will not be sustained on the basis of occasional referrals based upon political expediency but will depend on the consistency of its work". A avaliação da possibilidade de que o TPI venha a processar e julgar membros de multinacionais envolvidos em negócios também é um tema de fundamental importância que possivelmente ganhará maior relevo caso o Tribunal venha a enfrentar um caso desse na prática. Como pontua Hans Vest (Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law. *JICJ 8*, 2010, p. 851-2): "when taking office, the Chief Prosecutor of the International Criminal Court (ICC), Luis Moreno Ocampo, publicly announced he would consider business leaders as accomplices in international crimes […]. But apart from the 'business' of conscripting and enlisting child soldiers under the age of 15 years, so far there have been no indictments concentrating on or even including business activities […]. Investigations initiated by the Office of the Prosecutor may have shown that prosecuting business activities is a more demanding task than anticipated or, in the light of the ICC's complementary function, may not be 'of sufficient gravity to justify further action'".

categorias de intervenção[236] previstas no Estatuto – isso não exime os juízes da tarefa de buscarem soluções para que esse objetivo seja implementado. Como se verá, esse desafio vem sendo tomado a sério pelos magistrados e o resultado, apesar de algumas críticas que podem ser, e serão, levantadas, é positivo.

Dessa forma, com vistas à discussão das opções hermenêuticas dos juízes do Tribunal em torno da figura da autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder (AM-AOP), convém, previamente, avaliar a fundamentação em torno da adoção da teoria do domínio do fato como chave interpretativa do artigo 25(3) do Estatuto e, em seguida, abordar outras formas disciplinadas sob a rubrica responsabilidade penal individual[237] cujos requisitos e pressupostos dogmáticos apresentam-se como premissas necessárias à avaliação crítica da primeira.

Assim, será, inicialmente, realizada análise do tratamento jurisprudencial e doutrinário da coautoria[238] e, em seguida, passar-se-á à avaliação da viabilidade e legitimidade

---

[236] Esse aspecto foi trazido pela maioria da turma julgadora na sentença proferida no caso Lubanga: "976. In the view of the Majority, both the Romano Germanic and the Common Law legal systems have developed principles about modes of liability. However, at their inception, neither of these systems was intended to deal with the crimes under the jurisdiction of this Court, i.e. the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Statute sets out the modes of liability in Articles 25 and 28 and, they should be interpreted in a way that allows properly expressing and addressing the responsibility for these crimes".

[237] Não será discutida a responsabilidade de comando prevista no artigo 28 em razão de duas escolhas interpretativas realizadas pela jurisprudência do Tribunal. A primeira no sentido de que essa forma de responsabilização tem por escopo primordial a tutela de crimes omissivos próprios e impróprios. Conforme decidido no *caso Procurador v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (Decision pursuant to Article 61 (7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor, ICC-01/05-01/08-424, P-TC II, 15.06.2009, § 518): "article 28 of the Statute reflects a different form of criminal responsibility than that found under article 25(3)(a) of the Statute in the sense that a superior may be held responsible for the prohibited conduct of his subordinates for failing to fulfil his duty to prevent or repress their unlawful conduct or submit the matter to the competent authorities. This sort of responsibility can be better understood 'when seen against the principle that criminal responsibility for omissions is incurred only where there exists a legal obligation to act'". A segunda estabele relação de subsidiariedade entre as figuras do artigo 25 em relação as do 28, tendo aquelas precedência sobre estas, sedimentada na decisão que se vem de referir (§ 342): "an examination of Mr Jean- Pierre Bemba's alleged criminal responsibility under article 28 of the Statute, would only be required if there was a determination that there were no substantial grounds to believe that the suspect was, as the Prosecutor submitted, criminally responsible as a 'co-perpetrator' within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute for the crimes set out in the Amended DCC". Para uma visão geral do tema: Andreas Zimmermann. Superiors orders. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I B). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009). p. 957- 974.

[238] Artigo 25(3)(a) segunda hipótese.

da criação pelos juízes do Tribunal de uma nova hipótese de intervenção resultante da combinação de duas outras, qual seja a coautoria mediata.

III.5.1) A opção pela teoria do domínio do fato

Como depreende-se da análise até então realizada, a normativa do Tribunal possui contornos próprios e distancia-se em inúmeros e significativos pontos quando comparada com a dos demais Tribunais Penais Internacionais. Em termos gerais, no que concerne à regulamentação da responsabilidade penal, pode-se reconhecer significativo progresso consistente, *inter alia*, na incorporação de categorias de imputação dogmaticamente mais elaboradas[239], dentre as quais, ganha relevo a autoria mediata por intermédio de autor imediato plenamente responsável[240].

Da avaliação conjunta dos casos[241], resta claro que o tema da imputação ao lado de diversos aspectos jurídicos que lhe são subjacentes tem suscitado entendimentos significativamente antagônicos entre as partes envolvidas nos processos em trâmite no Tribunal bem como fundamentações divergentes em Votos Concorrentes e/ou Parcial ou Totalmente Dissidentes dos juízes internacionais que compõem as diversas Câmaras de julgamento.

Nesse contexto, a adoção da teoria do domínio do fato[242] pela jurisprudência do TPI como chave interpretativa do artigo 25(3) do ER deve ser vista como premissa

---

[239] Nesse sentido: Thomas Weigend. Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, *JICJ 6*, 2008, p. 478.

[240] A ressalva de Roxin acima referida ganha ainda maior relevância em relação aos crimes – cometidos, na maior parte dos casos, de forma maciça e sistêmica – e às hipóteses de intervenção no fato punível disciplinados na normativa do Tribunal.

[241] Como referido, há atualmente 18 casos em trâmite perante o TPI, sendo sete inquéritos e oito ações penais, os quais investigam a suposta prática de crimes por vinte e oito suspeitos ou acusados. Dois suspeitos foram retirados dos casos em razão de sua morte, Não seja olvidado nesse ponto as diferenças entre os diversos critérios de avaliação do conjunto probatório nos sucessivos momentos processuais.

[242] Como adiante se verá, embora significativamente amparada pela teoria roxiniana, os juízes do Tribunal optaram por "domínio do crime" (« contrôle exercé sur le crime »; "control over the crime") no lugar da consagrada expressão "domínio do fato" ("control over the act").

dogmática fundamental[243] para análise das diversas formas de intervenção no fato punível previstas no Estatuto. Essa opção hermenêutica ocorreu pela primeira vez no *caso Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo* [244] e foi mantida pela maioria dos juízes nas decisões subsequentes[245]. Dessa forma, convém inicialmente compreender a posição unânime da P-TC I na Decisão de Confirmação das Acusações[246] – posteriormente mantida pela maioria no julgamento de *Lubanga* – para, em seguida, avaliar o entendimento mais acertado.

---

[243] Como esclarecido *supra*, em vista do escopo do presente estudo [deixar provisoriamente: – em termos gerais, avaliação crítica das opções interpretativas da jurisprudência do Tribunal em torno da AM-AOP à luz de sua normativa e da teoria que lhe serviu de paradigma –] outras propostas, que eventualmente podem inclusive vir a se mostrarem mais aptas a traduzir em termos jurídicos a vasta e complexa realidade criminosa *sub judice* no Tribunal, serão apenas referidas sem que seja desenvolvida análise em relação aos possíveis méritos conceituais...

[244] Trata-se do primeiro caso do Tribunal. Assim, embora não seja de todo infundado o argumento que evidencia a demasiada lentidão do processo – note-se que desde a requisição de expedição de mandado de prisão pelo Procurador em 12.01.2006 até a prolação da sentença condenatória em 14.03.2012 transcorreram mais de 6 anos – essa avaliação não pode desconsiderar os diversos aspectos materiais e processuais cujos contornos jurídicos foram esclarecidos pelos juízes. O andamento processual do caso pode ser sintetizado da seguinte maneira: em 17.03.2006, *Lubanga Dyilo* foi preso e transferido ao Centro de Detenção do Tribunal em Haia, tendo comparecido perante a "Pre-Trial Chamber I" ("P-TC I") pela primeira vez em 20.03.2006. De 09 a 28.11.2006 desenvolveu-se a audiência de confirmação das acusações e, em 29.01.2007, foi proferida a Decisão de confirmação das acusações [*Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, §§ 01-04. Há versão em inglês da decisão: *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges (public redacted version), 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN]. O julgamento, por seu turno, protraiu-se de 26.01.2009 a 26.08.2011, tendo sido a sentença condenatória proferida em 14.03.2012. Após audiência pública relativa à sentença para que as partes se manifestassem a respeito do *quantum* da pena e das formas de reparação das vítimas, foi proferida, em 10.07.2012, decisão condenando *Thomas Lubanga Dyilo* a 14 anos de prisão [*Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 10 July 2012,* ICC-01/04-01/06-2901], com direito à remição do tempo em que esteve preso preventivamente no Centro de detenção de Haia, bem como estabelecendo as formas de reparação.

[245] A jurisprudência majoritária do Tribunal nesse sentido é referida em outro recente julgamento: *caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, TC II, 18.12.12, nota 6: "P-TC I, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 September 2008 ("Katanga and Ngudjolo Confirmation Decision"), para. 480 et. seq.; P-TC I, Prosecutor v. Lubanga, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, paras. 326-41; P-TC II, Prosecutor v. Ruto et. al.. Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, ICC-01/09-01/11-373, paras. 291- 92; P-TC II, Prosecutor v. Muthaura et. al. Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, 23 January 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red, para. 296; P-TC I, Prosecutor v. Banda and Jerbo, Corrigendum of the Decision on the Confirmation of Charges, 7 March 2011, ICC-02/05-03/09-121-Conf-Corr, (ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red), para. 126; P-TC II, Prosecutor v, Bemba, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424, para. 348".

[246] Então composta pelo Juiz francês Claude Jorda (Juiz-Presidente), pela Juíza africana Akua Kuenyehia e pela Juíza brasileira Sylvia Steiner.

Logo após determinar a expedição de mandado de prisão[247] em desfavor do então suspeito *Thomas Lubanga Dyilo*, a P-TC I se manifestou no sentido de que o verbo "cometeu" do artigo 58[248] enseja a distinção entre *i*) a "comissão *stricto sensu* de um crime" representativa de conduta subsumível a uma das formas previstas no artigo 25(3)(a) do Estatuto; *ii*) as demais formas de intervenção no fato punível do partícipe ("accessory liability"), "em contraposição à do autor principal" ("principal", "auteur principal"), previstas nas alíneas (b) a (d) do artigo 25(3); *iii*) a tentativa de cometimento de crime da competência do Tribunal; *iv*) a incitação pública ao cometimento do genocídio ("o único ato preparatório punível" no regime do Estatuto); e *v*) a responsabilidade dos comandantes e outros superiores hierárquicos (artigo 28)[249].

---

[247] Na Decisão de confirmação das acusações (*Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, §§ 06-08. Doravante: *Lubanga,* Décision sur la confirmation, 29.01.2007. á versão em inglês da decisão: *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges (public redacted version), 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN. Doravante: *Lubanga*, Confirmation Decision (p.v.), 29.01.2007.) são apontados alguns fatores étnicos e sócio econômicos que contribuem à compreensão das causas do conflito: Ituri é um Município ("District") da Província oriental da República Democrática do Congo (RDC) que faz fronteira com Uganda, a leste, e com o Sudão, ao norte. A população é composta por aproximadamente vinte grupos étnicos, dos quais representam a maioria os grupos Hema, Lendu, Ngti, Alur e Bira. Trata-se de região rica em recursos naturais como ouro, petróleo, madeira, coltão e diamantes. Dentre as diversas minas existentes na região, ganha destaque a mina de Mongwalu que figura como uma das mais importantes da África Central. A maioria da população vive da agricultura e o restante do comércio, da criação de animais e da pesca. A tribo Lendu dedica-se principalmente à agricultura, ao passo que a tribo Hema destaca-se pela criação de animais ("l'élevage de bétail"). No verão de 1999 surgiram tensões em decorrência de brigas em torno da divisão das terras e do domínio dos recursos naturais. No segundo semestre de 2002, a violência se espalhou por diversas partes do Município de Ituri. Em relação ao então suspeito são feitas as seguintes considerações (§§ 01-04): Thomas Lubanga Dyilo, pertencente à etnia Hema, foi o primeiro signatário dos Estatutos da "Union des patriotes congolais" (UPC) ao lado de outras pessoas que futuramente ocuparam postos de direção não somente no partido, como também no seu braço armado, denominado "Forces patriotiques pour la libération du Congo" (FPLC). Em setembro de 2002, a UPC foi renomeada assumindo a denominação "Union des patriotes congolais/ Réconciliation et Paix" (UPC/RP), ocasião na qual o acusado foi eleito seu presidente. Algum tempo depois, Lubanga assinou, sucessivamente, dois decretos por intermédio dos quais, respectivamente, designou os membros do Executivo da UPC/RP na região de Ituri e criou oficialmente as FPLC, das quais, neste momento, tornou-se comandante chefe.

[248] Ver anexo.

[249] *Caso Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-Corr 17-03-2006, P-TC I, 24.02.2006, § 78: "Accordingly, in the Chamber's view, the term 'committed' in the article 58(1) of the Statute includes: (i) the commission *stricto sensu* of a crime by a person 'as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible'; (ii) any others forms of accessory, as opposed to principal, liability provided for in article 25 (3) (b) to (d) of the Statute; (iii) an attempt to commit any of the crimes provided for in articles 6 to 8 of the Statute; (iv) direct and public incitement to commit genocide (the only preparatory act punishable under the Statute); and (v) the responsibility of commanders and others superiors under article 28 of the Statute". Nesse mesmo sentido: Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, P-TC I, 29.01.2007, § 320.

Para amparar a adoção da teoria do domínio do fato[250] na intepretação do artigo 25(3)(a), primeira hipótese, do ER são desenvolvidos fundamentalmente dois argumentos pela P-TC I. O primeiro parte da premissa de que é necessário traçar um claro divisor entre as figuras dos autores principais e dos partícipes[251] e o segundo baseia-se na ideia de que os autores principais não são apenas aqueles que executam diretamente o crime com as próprias mãos[252]. Assim, no entendimento da Turma julgadora a teoria objetiva – para a qual somente são coautores aqueles que executam fisicamente os elementos objetivos do tipo – não se harmoniza com o Estatuto justamente porque o artigo 25(a) claramente prevê a hipótese de que o crime seja cometido "através de outra pessoa", "ainda que essa pessoa não seja penalmente responsável"[253].

A teoria subjetiva – subjacente à caracterização da empresa criminal conjunta ("joint criminal enterprise", "entreprise criminelle commune") e prevalente nos julgamentos dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda – é afastada com base na leitura sistemática das alíneas do artigo 25, ETPI. Na perspectiva dos Juízes internacionais

---

Pode-se dizer que esse entendimento manteve-se posteriormente no Tribunal em termos majoritários. Contudo, como adiante se verá, alguns dos argumentos levantados pelos Juízes nos respectivos votos dissidentes demonstram a necessidade de que alguns aspectos sejam melhor delineados em decisões futuras.

[250] Recentemente Kai Ambos (Epilogue. In OLÁSOLO, Héctor. *The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*. Studies in International and Comparative Criminal Law Series. Vol. 4. Oxford: Hart Publishers, 2009, p. 334), um dos maiores estudiosos do tema, afirmou que "taking into account this jurisprudential tendency, it seems quite clear that the future of imputation in ICL lies in the further elaboration of the control/domination of act theory".

[251] Essa opção revela um rompimento com a jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* da ONU que parte do modelo unitário de autor. A esse respeito Kai Ambos (Parte Geral, p. 193 e ss) esclarece que pode ser identificada prevalência do modelo diferenciador nos países europeus e latino-americanos. O sistema unitário (formal) x modelo diferenciador. Quais devem ser os critérios para efetuar essa diferenciação?

Conforme esclarece Ambos (p. 195, nota 8) para Triffterer (Beteilgungslehre 1983, p. 33 e ss) há os sistemas unitário de autor formal, funcional e reduzido e predominam sistemas mistos.

[252] *Lubanga,* Décision sur la confirmation, 29.01.2007, § 330: "La notion de contrôle exercé sur le crime constitue une troisième approche de la distinction à opérer entre les auteurs principaux du crime et les complices, et […] elle est appliquée dans de nombreux systèmes juridiques. Elle repose sur l'idée que les auteurs principaux d'un crime ne se trouvent pas uniquement parmi ceux qui exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction, mais également parmi ceux qui, en dépit de la distance qui les sépare du lieu du crime, contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si l'infraction sera commise et comment".

[253] *Lubanga,* Décision sur la confirmation, 29.01.2007, § 333: "l'article 25-3-a du Statut ne tient pas compte du critère objectif permettant de distinguer les auteurs principaux du crime des complices parce que la notion de commission d'une infraction par l'intermédiaire d'une autre personne, en particulier lorsque cette dernière n'est pas pénalement responsable, n'est pas compatible avec la limitation du groupe d'auteurs principaux du crime à ceux qui exécutent physiquement un ou plusieurs des éléments objectifs de l'infraction"

tanto a redação inicial da alínea (d) – "contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa" –, como o caráter residual da responsabilidade penal prevista neste dispositivo corroboram a necessidade de ser afastada esta teoria[254].

Posteriormente, por ocasião da Decisão de confirmação das acusações no *caso Katanga e Chui*, a Câmara sublinhou a necessidade de que – para que o Estatuto seja compreendido como um conjunto consistente de normas previsíveis – a responsabilidade penal individual deve ser avaliada à luz da teoria do domínio do fato[255] e trouxe à colação passagem paradigmática da obra de Claus Roxin para fundamentar sua posição: "a doutrina do domínio do fato corresponde à evolução das teorias objetiva e subjetiva na medida em que representa síntese das perspectivas anteriormente antagônicas e indubitavelmente recebeu ampla aceitação em decorrência da conciliação das posições contrárias"[256].

Essa postura foi mantida nos julgamentos posteriores[257], tendo sido objeto de divergência em duas ocasiões: no Voto Separado do Juiz Adrian Fulford proferido no julgamento que condenou *Lubanga* e no Voto Concordante da Juíza Christine Van den Wyngaert[258] prolatado por ocasião da absolvição de *Mathieu Ngudjolo Chui*. Em face desse panorama, convém avaliar criticamente as posições divergentes em busca de uma solução que compatibilize a compreensão global e harmônica da normativa do Tribunal com o dever de que sejam respeitados os direitos das partes, especialmente do réu.

---

[254] *Lubanga,* Décision sur la confirmation, 29.01.2007, § 334-337.

[255] *Caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008, § 486.

[256] *Caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008, § 484: "[...] the doctrine of control over the crime corresponds to an evolution of subjective and objective approaches, such that it effectively represents a synthesis of previously opposed views and doubtless owes its broad acceptance to this reconciliation of contrary positions" (ROXIN, Claus. Strafrecht, Allgemeiner Teil II, München, C.H. Beck, 2003, § 25/30).

[257] Ver nota 249, *supra*.

[258] *Caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, TC II, 18.12.12.

Por decorrência lógica o primeiro aspecto a ser enfrentado diz respeito ao acertamento[259] da adoção da teoria do domínio do fato na intepretação do artigo 25 Estatuto. Embora parte da doutrina, como acima mencionado, afirme ter havido ao longo da Conferência de Roma uma "agenda secreta" relativa às posições teóricas a serem incorporadas em relação a teoria do crime, pode-se afirmar que essa "agenda" não foi, até o momento, referida explicitamente[260] na fundamentação das decisões analisadas. Assim, coloca-se a questão acerca da possibilidade de que o artigo 25(3)(a) seja interpretado de forma coerente e literal sem que haja a necessidade de que os juízes recorram a teoria "x" ou "y" do ordenamento "z" ou "w".

Para rechaçar o argumento de que deve-se diferenciar as formas de participação dos autores principais e dos partícipes, o Juiz Adrian Fulford levanta, em essência, três argumentos. O primeiro consiste no reconhecimento de que uma intepretação literal do dispositivo em tela explicita a possibilidade de que haja sobreposição entre as formas de cometimento do crime, ou seja, de que algumas das hipóteses previstas nas alíneas cuidem de categorias de imputação semelhantes[261]. Por outro lado, sustenta que não há que se enxergar hierarquia entre as referidas hipóteses; não sendo correto considerar, por exemplo, que ordenar, solicitar ou instigar sejam formas menos reprováveis do que cometer um crime

---

[259] Em consonância à ressalva acima realizada restringir-se-á o escopo dessa reflexão aos argumentos desenvolvidos pelos juízes.

[260] Nesse sentido, elucidativa a seguinte passagem da jurisprudência do TPI: *caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, TC II, 18.12.2012, § 13: "unfortunately, the travaux préparatoires do not provide much clarification. In fact, the drafting history of Part III of the Statute reveals that it is based upon an eclectic combination of sources from several national legal traditions, as well as some international instruments. That Article 25 has such multi-faceted origins comes as no surprise, considering the States Parties' obvious wish to find a compromise between different legal traditions".

[261] *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, § 7: "in my judgment, the plain text of Article 25(3) defeats the argument that subsections (a) – (d) of Article 25(3) must be interpreted so as to avoid creating an overlap between them. Article 25(3)(a) establishes the concept of committing a crime through another, whilst Article 25(3)(b) focuses on ordering, soliciting and inducing the commission of the offence. These concepts, which appear in separate subsections, will often be indistinguishable in their application vis-à-vis a particular situation, and by creating a clear degree of crossover between the various modes of liability, Article 25(3) covers all eventualities. Put otherwise, in my judgment the plain language of Article 25(3) demonstrates that the possible modes of commission under Article 25(3)(a) – (d) of the Statute were not intended to be mutually exclusive.

por intermédio de outrem[262]. No julgamento posterior de Mathieu Ngudjolo Chui a Juíza Christine Van den Wyngaert acompanha esse entendimento[263].

Por fim, partindo de uma leitura restritiva do artigo 21 do ER, o Juiz inglês desenvolve argumentação pela inadequação da "importação" de doutrina alemã para o âmbito do Tribunal em razão das diferenças existentes entre as respectivas normativas – no ordenamento alemão a quantidade de pena é determinada em razão da forma de participação no crime ao passo que no Tribunal não há essa diferenciação[264] – e os contextos criminosos a ser julgados[265]. Em linha muito semelhante a Juíza Christine Van den Wyngaert acompanha o rechaço à incorporação da teoria do domínio do fato enfatizando que em decorrência da missão universalista do Tribunal a "importação direta" de uma teoria do ordenamento alemão é problemática[266].

No que se refere à rejeição da adoção da teoria do domínio do fato, há um argumento adicional[267] desenvolvido pela Juíza no tocante à compreensão do plano comum como elemento objetivo do cometimento conjunto do crime ("joint perpetration under Article 25(3)(a)"). Sob sua ótica a jurisprudência majoritária impropriamente deslocou o foco de

---

[262] *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, § 8: "there is no proper basis for concluding that ordering, soliciting or inducing a crime (Article 25(3)(b)) is a less serious form of commission than committing it "through another person" (Article 25(3)(a)), and these two concepts self-evidently overlap. Similarly, I am unable to accept that the criminality of accessories (Article 25(3)(c)) is greater than those who participate within a group (Article 25(3)(d)), particularly since many of history's most serious crimes occurred as the result of the coordinated action of groups of individuals, who jointly pursued a common goal."

[263] *Caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, TC II, 18.12.12, § 6: "I do not accept the premise on which the theory is based, i.e. the alleged hierarchy in the modes of liability listed in Article 25(3)(a)-(d)."

[264] *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, § 11.

[265] *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, § 10: "it would be dangerous to apply a national statutory interpretation simply because of similarities of language, given the overall context is likely to be significantly different."

[266] *Caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, TC II, 18.12.12, § 5: "considering its universalist mission, the Court should refrain from relying on particular national models, however sophisticated they may be".

[267] A magistrada tece outras considerações em seu Voto Concorrente que serão analisadas nos itens abaixo.

imputação: ao invés de buscar-se identificar a contribuição do acusado ao plano comum – o qual, no seu entendimento, fora definido em termos muito amplos e, portanto, em violação ao artigo 22 – dever-se-ia examinar o concreto cometimento do crime[268].

Na doutrina também não há consenso a respeito do tema. Contrariamente à utilização da teoria Jens David Ohlin parte da premissa de que o critério do domínio é muito restritivo devendo-se colocar a ênfase da realização conjunta dos crimes no aspecto subjetivo[269]. Em coerência com sua concepção ampla do direito penal internacional, Antonio Cassese, por seu turno, sem se pronunciar especificamente em relação a teoria do domínio do fato, defende que essa distinção entre as formas de intervenção no fato punível não encontra resguardo nos tratados nem na jurisprudência internacionais[270].

A partir da constatação de não tratar-se de questão simples a ser equacionada e assumindo posição intermediária mas tendencialmente propensa à adoção do modelo unitário de autor, Albin Eser pondera que, por se tratar da imputação de comportamentos macrocriminais e em muitos casos implementados pelos Estados, "para um combate efetivo contra o crime afigura-se aconselhável considerar cada uma das participações invividuais na maior medida possível"[271]. Por outro lado, antecipa a possibilidade de que o artigo 25 do Estatuto seja interpretado da forma bipartida de maneira a revelar a incorporação do modelo

---

[268] *Caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, TC II, 18.12.12, § 6: "the control theory's treatment of the common plan as an 'objective' as opposed to a 'subjective' element unduly focuses on the accused's link to the common plan as opposed to the crime. […] I therefore reject the idea that it suffices for joint perpetration under Article 25(3)(a) that an accused only makes a contribution to a broadly defined common plan and not to the crime".

[269] Jens David Ohlin. Joint Intentions to Commit International Crimes, *Chicago Journal of International Law 11*, 2011, p. 725: "Roxin's theory of indirect perpetration through an organizational hierarchy nicely captures the relationship between a discrete number of leaders in a vast conspiracy, but it is unclear if the framers of the Rome Statute had this picture in mind when they crafted Article 25(3)(a) and its reference to 'jointly with another'"

[270] O autor – que como visto acima compreende o direito penal internacional como um dos ramos do direito internacional público – fundamenta essa ausência de diferenciação (ICL..., p. 188) nos seguintes termos: "this lack of distinction follows both from: (i) the absence of any agreed scale of penalties in ICL; and (ii) the general character of this body of law; that is, its still rudimentary nature and the ensuing lack of formalism".

[271] Albin Eser p. 788: "When keeping in mind that we are moving in the area of macro-criminality and perhaps state-supported crimes, it appears advisable for an effective fight against crime to judge the responsibility of individual parties to a crime on their own merits as far as is possible. This aim seems best served by interpreting the Rome Statute's regulation in terms of a unitary perpetration model' as in this system the responsibility of a party to the crime is less, if at all, dependent on the responsibility of the principal perpetrator".

diferenciador[272], o que, como visto, de fato ocorreu por obra da jurisprudência atualmente majoritária no Tribunal.

Kai Ambos, por outro lado, sustenta que essa diferenciação incorporada ao Estatuto entre autoria, coautoria e autoria mediata não apenas deve ser vista como avanço estrutural e sistemático, como também requer uma melhor compreensão do direito de participação [273]. Para o autor essa mudança de paradigma representa "argumento metodológico" favorável à adoção do modelo diferenciador, na medida em que permite a delimitação entre as formas de participação no crime e, consequentemente, "uma melhor compreensão do sistema que se encontra por detrás"[274].

Apesar do Estatuto não estabelecer penas distintas para as diferentes formas de responsabilização penal[275] a adoção do modelo diferenciador de autor pela jurisprudência majoritária do Tribunal deve ser vista com bons olhos. Assim, em vista da impossibilidade de que sejam estabelecidos os requisitos[276] de cada uma das hipóteses a partir de leitura literal do dispositivo e da necessidade de se adotar marco teórico que permita, de forma fundamentada e coerente, o estabelecimentos desses pressupostos, a adoção da teoria do domínio do fato – enquanto critério geral cuja concretização ocorre pelas diferentes vertentes que o compõem – apresenta-se como solução viável e adequada.

---

[272] Albin Eser p. 788: "On the other hand, however, the 'differential participation model' can draw some support from the fact that Article 25(3) of the ICC Statute, contrary to the Draft Code of 1991 and the ICTY/ICTR Statutes, distinguishes in a systematic way between perpetration (subparagraph (a)) and other forms of participation (subparagraphs (b)–(e)) and that, with regard to the latter, it indicates a sort of graduated responsibility, as for the weakest form of participation (subparagraph (c)) any sort of contribution (`otherwise assisting') shall suffice".

[273] Kai Ambos. A Parte Geral... p. 197.

[274] Kai Ambos, Parte Geral... p. 197-8.

[275] Ver artigo 78, do ER.

[276] Pode-se afirmar que boa parte da polêmica deriva da inexistência no Estatuto de definição dos elementos objetivos dos crimes. A esse respeito Bassiouni (Negotiating the Treaty of Rome... p. 10), que atuou durante todo o processo de elaboração e negociação do Estatuto e quem foi atribuída a chefia do Comitê de Redação ("Drafting Committee") durante a Conferência, traz reveladora ponderação no sentido de que embora até o final das negociações o Comitê tenha aguardado o recebimento do texto com definição dos elementos materiais dos crimes (*actus reus*) a ser entregue pelas delegações, essa norma não pode ser aprovada por ausência de consenso nesse ponto.

Contudo, o estabelecimento da bipartição entre as hipóteses das alíneas (a) – *i*) autoria individual, *ii*) cometimento do crime em conjunto e *iii*) cometimento do crime por intermédio de outrem responsável – de um lado, e (b) a (d), de outro, para a diferenciação entre autores principais e partícipes, respectivamente, pode ser colocada em xeque como se verá adiante.

Assim, partindo-se de que o critério da acessoriedade é um dos componentes – senão o determinante – a ser levado em conta na determinação da forma de intervenção, restaria indagar se não haveria dentre as hipóteses disciplinadas no "segundo bloco", alíneas (b) a (d), do Estatuto, formas de atuar típicas de autores principais. Como se vem de demonstrar, as figuras de "cometer o crime por intermédio de autor imediato plenamente responsável" (alínea (a)) e "ordenar o cometimento do crime" (alínea (b)) não são mutuamente excludentes nem ensejam a constatação da maior reprovabilidade da primeira em relação a segunda[277]. Dessa forma, não parece acertada a premissa assumida pela maioria dos juízes do Tribunal de que a bipartição em questão contribui ao justo sopesamento da reprovabilidade dos autores principais (alínea (a)) em oposição a dos partícipes (alíneas (b) a (d)).

Como se percebe, a repercussão da adoção da teoria do domínio do fato na compreensão das formas de intervenção no fato punível insertas no artigo 25 do ER é de grande amplitude[278] e traz uma série de questões a serem equacionadas. Como se demonstrará, não há como simplesmente ser adotada uma das posições em questão e pretender que a discussão esteja encerrada. Partindo-se da necessidade de que o Estatuto seja analisado sistemática e, na maior medida possível, harmonicamente, há que se perscrutar se o

---

[277] A partir dessa constatação pode-se questionar a solução proposta por Gerhard Werle (Individual criminal responsibility. *JICJ 5*, 2007, p. 957) no sentido de que uma interpretação sistemática da norma levaria ao reconhecimento de hierarquia progressiva reprovabilidade entre as alíneas do artigo 25: "ranking Article 25(3)(a)^(d) establishes a value oriented hierarchy of participation in a crime under international law. This flows from both the linguistic differentiation and the conceptual systematization of the norm".

[278] Nesse sentido Kai Ambos (The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor* v. *Lubanga*): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues, *International Criminal Law Review 12*, 2012, p. 142): "the disagreement between the majority and Fulford goes well beyond the mere interpretation of a definitional element of a mode of responsibility ('contribution') but concerns a *matter of principle*, namely, *how much legal theory* International Criminal Law (here the law of criminal responsibility) can reasonably take or, framed from a more theory-friendly perspective, how much does it need"

entendimento harmoniza-se com as normas garantidoras dos direitos das partes, sobretudo do réu.

Assentados os pontos anteriores, convém apreciar o entendimento do pretório de Haia em relação a coautoria com vistas à obtenção de subsídios para discutir a legitimidade e adequação estrutural da hipótese da coautoria mediata.

III.5.2) – Coautoria

Como visto, a opção pela autoria do domínio do fato[279] como chave interpretativa do artigo 25(3)(a) do Estatuto ocorreu no *caso Lubanga* quando se buscava a responsabilização do réu pelo cometimento de crimes de guerra em coautoria. Embora o caso já conte com sentença final de mérito proferida, os requisitos estabelecidos para a configuração da coautoria devem ser retomados para viabilizar a reflexão em torno da viabilidade e legitimidade da criação da figura híbrida da coautoria mediata.

Nos termos do Documento contendo as acusações, o Procurador lhe imputa a prática dos crimes de guerra consistentes no recrutamento e alistamento de menores de 15 anos em grupos armados (no caso as FPLC, braço militar da UPC desde setembro de 2002) e na utilização destes menores para participar ativamente nas hostilidades[280]. Para a Acusação tais crimes foram cometidos no seio de conflito armado não internacional[281] e ensejam a responsabilização penal de *Thomas Lubanga Dyilo* como coautor[282].

---

[279] *Lubanga,* Décision sur la confirmation, 29.01.2007, § 332: "Les auteurs principaux du crime se trouvent exclusivement parmi ceux qui détiennent le contrôle de la commission de l'infraction et qui ont conscience qu'ils détiennent un tel contrôle, et ce, parce que : i. ils exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction (commission du crime à titre individuel ou perpétration directe) ; ii. ils contrôlent la volonté de ceux qui exécutent les éléments objectifs de l'infraction (commission du crime par l'intermédiaire d'une autre personne ou perpétration indirecte) ; ou iii. ils détiennent, avec d'autres personnes, le contrôle de l'infraction en raison des tâches essentielles qui leur ont été assignées (commission du crime conjointement avec d'autres ou coaction)".

[280] Ver artigo 8(2)(e)(vii), do ER, Anexo.

[281] *Lubanga,* Décision sur la confirmation, 29.01.2007, § 09.

[282] Na mesma decisão (§§ 11-12) são trazidos aspectos relevantes relativos aos crimes: "selon l'Accusation, après leur création et jusqu'à la fin de 2003, les FPLC ont continué à procéder à l'enrôlement et à la conscription systématiques et en grand nombre d'enfants de moins de 15 ans, afin de leur donner une formation militaire et ultérieurement de les faire participer activement à des hostilités, notamment en en faisant les gardes du corps des

Na Decisão de confirmação das acusações a P-TC I estabelece os seguintes requisitos para a configuração da coautoria: *i*) existência de um plano ou acordo comum entre duas ou mais pessoas[283] – não sendo necessário que sejam explícitos e sua existência pode ser deduzida da ação conjunta posterior dos coautores, *ii*) contribuição coordenada essencial realizada por cada um dos coautores resultando na realização dos elementos objetivos do crime, *iii*) o suspeito deve preencher os requisitos subjetivos[284] do crime que lhe é imputado, *iv*) o suspeito e os outros coautores devem todos: *iv.i*) estar cientes de que a implementação do plano comum pode resultar na realização dos elementos objetivos do crime e *iv.ii*) aceitarem reciprocamente tal resultado seja aceitando pessoalmente seja dando seu consentimento e *v*) o suspeito deve estar ciente das circunstâncias fáticas que lhe permitem realizar esse controle conjunto.

À luz do quando exposto no item anterior, resta claro que a jurisprudência do Tribunal caminha no sentido de adotar em essência a teoria do domínio funcional do fato[285] de

---

commandants militaires de haut rang des FPLC. Parmi les camps d'entraînement militaire des FPLC, on peut citer les camps de Centrale, Mandro, Rwampara, Irumu et Bule. L'Accusation soutient que Thomas Lubanga Dyilo est pénalement responsable des crimes énumérés dans le document de notification des charges, en tant que coauteur agissant de concert avec d'autres officiers des FPLC et membres et partisans de l'UPC".

[283] *Lubanga,* Décision sur la confirmation, 29.01.2007, § 345: "la Chambre estime que l'accord ne doit pas nécessairement être explicite et que son existence peut être déduite de l'action concertée menée ultérieurement par les coauteurs". Consoante se deduz do parágrafo (2), da Introdução dos Crimes contra a humanidade, dos Elementos dos Crimes ("Elements of Crimes"): "the last two elements for each crime against humanity describe the context in which the conduct must take place. These elements clarify the requisite participation in and knowledge of a widespread or systematic attack against a civilian population. However, the last element should not be interpreted as requiring proof that the perpetrator had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the State or organization. In the case of an emerging widespread or systematic attack against a civilian population, the intent clause of the last element indicates that this mental element is satisfied if the perpetrator intended to further such an attack".

[284] *Lubanga,* Décision sur la confirmation, 29.01.2007, § 344: "le plan commun doit comporter un élément de criminalité, mais pas nécessairement viser spécifiquement la perpétration d'un crime. Il suffit : i. que les coauteurs aient convenu a) de commencer à mettre en œuvre le plan commun pour atteindre un but non criminel et b) de ne commettre le crime que si certaines conditions sont réunies ; ou ii. que les coauteurs a) soient conscients du risque que la mise en œuvre du plan commun (qui vise spécifiquement la réalisation d'un but non criminel) se traduise par la perpétration du crime et b) acceptent un tel résultat".

[285] Sobre a existência de posições divergentes na Alemanha, Thomas Weigend (Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, *JICJ 6*, 2008, p. 479) informa que: "the Chamber's version of a 'functional' co-perpetratorship, that is, of a co-perpetrator whose contribution before or during the commission of the crime is a necessary piece in the puzzle, is not without rivals even in German scholarship (where it originated)."

Claus Roxin[286], especialmente por exigir a presença do critério da essencialidade da contribuição. Contudo, há alguns aspectos que demonstram claro contraste com o pensamento roxiniano[287].

Em relação à essencialidade da contribuição, é interessante observar que para a Turma julgadora não há necessidade de que a atuação do suposto coautor esteja necessariamente relacionada à fase executiva do crime eis que o Estatuto não possui nenhuma previsão nesse sentido[288]. Nesse aspecto, afirma Juan Modolell González que a Decisão de Confirmação das acusações (nesse aspecto mantida posteriormente pela maioria no julgamento do réu) partiu da concepção de coautor de Roxin, mas se distanciou dela ao não exigir a execução material do fato para sua configuração, indaga porque não se preferiu a hipótese da autoria mediata em razão de aparatos de poder[289].

---

[286] Ver Capítulo II, *supra*. Favoravelmente a isso: Kai Ambos Parte General (p. 180-1) "también en los crímenes internacionales la teoría de Roxin del 'dominio funcional del hecho' ofrece la fundamentación más convincente de la responsabilidad en coautoría. […] los coautores actúan "conjuntamente" con base en una división 'funcional' del trabajo ('condicionada a la actividad'), de modo tal que el "funcionar" de cada interviniente individual representa un presupuesto indispensable de la realización del hecho total ('Gesamttat'). Los intervinientes son "co-autores del todo", poseen el co-dominio, lo que los convierte en "co-dueños del hecho total"; coautoría es realización colectiva del tipo". Em relação aos aspectos não incorporados, merece ser trazida a crítica de Juan Modolell González (Problemas de autoría el la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo). In AMBOS, Kai; HOYOS SANCHO, Montserrat de (dir.). Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 135 e 138, respectivamente). Partindo da constatação de que a Decisão de Confirmação das acusações (nesse aspecto mantida posteriormente pela maioria no julgamento) partiu da concepção de coautor de Roxin, mas se distanciou dela ao não exigir a execução material do fato para sua configuração, indaga porque não se preferiu a hipótese da autoria mediata em razão de aparatos de poder.

[287] Kai Ambos. Article 25. Individual criminal responsibility. In TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd edition. München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 755.

[288] Na decisão (*Lubanga,* Décision sur la confirmation, 29.01.2007, nota 425) é colocada em evidência a divergência da doutrina em torno da questão. De um lado, menciona-se o entendimento de Claus Roxin para quem aquele que pratica atos preparatórios não pode ser considerado coautor: "sólo negar la coautoría del que prepara se ajusta al concepto de dominio del hecho" seja porque "*la figura central del suceso de la acción […] no puede serlo alguien que no aya tomado parte en la realización de esto hecho*", seja porque "*tampoco cabe decir que alguien que sólo ha cooperado preparando pueda realmente 'dominar' el curso del suceso*" (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Séptima edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 325). De outro, são referidas as posições de Francisco Muñoz Conde (Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho. *Revista Penal*, n° 6, 2000, p. 113), e Ana Isabel Pérez Cepeda (Criminalidad en la empresa: problemas de autoría y participación)*, Revista Penal*, n° 9, 2002, p. 106). Assim, para o autor português [...]. Pérez Cepeda, por seu turno, sustenta que [...]

[289] Juan Modolell González (Problemas de autoría el la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo).

Posteriormente, no julgamento do caso Lubanga, o Juiz Adrian Fulford propôs em sua dissidência que, ao invés de se buscar apoio nas construções dogmáticas alemãs, bastaria que se verificasse a existência de um mero link operacional entre os coautores[290]. A crítica de Roxin à teoria causalista, acima mencionada, pode ser vista como um contundente argumento contra esse entendimento.

No que se refere à dimensão subjetiva do crime, mesmo que não se acompanhe integralmente a posição de Roxin pela impossibilidade de que se admita que um coautor atue com dolo eventual, afigura-se oportuno indagar se a P-TC I não foi longe demais ao exigir carga volitiva notoriamente leve da parte do coautor. Nesse sentido, Antonio Vallini corretamente assevera que, a partir de leitura sistemática do artigo 30[291], ER, não se pode admitir o reconhecimento do dolo eventual justamente por se exigir como requisito fundamental que o suposto acusado tenha claro para si que está cometendo ou, ao menos, contribuindo para o cometimento de um crime.

Para o autor essa leitura restritiva da dimensão subjetiva do delito não somente está em consonância com o escopo de atuação da jurisdição penal internacional – voltada primordialmente aos fatos notoriamente alarmantes e cometidos por indivíduos em posição de destaque na organização criminosa – como também decorre do reconhecimento de que o direito penal não pode servir como instrumento de punição daqueles que não tenham

---

In AMBOS, Kai; HOYOS SANCHO, Montserrat de (dir.). Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 135 e 138, respectivamente).

[290] *Lubanga*, Judgment, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, 14.03.2012, § 12: "in my judgment a plain reading of Article 25(3)(a) establishes the criminal liability of co-perpetrators who contribute to the commission of the crime notwithstanding their absence from the scene, and it is unnecessary to invoke the control of the crime theory in order to secure this result. Therefore, individuals who are involved indirectly can be prosecuted as co-perpetrators without relying on this principle".

[291] Kai Ambos (The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor* v. *Lubanga*): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues, *International Criminal Law Review 12*, 2012, p. 140) coloca em questão a leitura conjugada dos artigos 25 e 30 do ER feita pela TC no caso Lubanga ao afirmar: "the Chamber pretends 'to establish the statutory scope' of the plan requirement by mirroring it in the mental element. On the other hand, the mentioned combined reading is said to lead 'to the conclusion that committing the crime in question does not need to be the overarching goal of the co-perpetrators.' While I would agree that the plan, given its mixed objective-subjective structure, must always be interpreted focusing on the original will of the co-perpetrators, their joint decision to commit the crime, I fail to see how this recourse to the mental side (the 'combined reading') can demonstrate that a plan always contains a superior goal going beyond the simple commission of the crime. I am not even convinced that a mere 'critical element of criminality' suffices for a plan of co-perpetrators."

conhecimento, vontade ou controle do crime, eis que nessa hipótese deixaria de atuar como meio de reintegração social e passaria a atuar como "perigoso instrumento de repressão e insegurança social"[292].

Igualmente crítico ao entendimento externado pela P-TC I, Thomas Weigend coloca em evidência o fato de que a formulação jurisprudencial parece colocar a punição na dependência da esfera interna reprovável do agente ao invés de focar no incremento do risco por este causado[293]. Dessa forma, o autor – buscando restringir a admissibilidade do dolo eventual para a primeira hipótese trazida pela Câmara de julgamento – esclarece que em face da redação do artigo 30(2)(b), do Estatuto, não se deve admitir extensão da punibilidade para hipóteses nas quais o autor não tenha de forma consciente assumido um "risco elevado" ("risque élevé")[294].

Dessa forma, pode-se concluir que a adoção critério do domínio do fato para a interpretação da hipótese de cometimento conjunto (coautoria) na sua vertente domínio funcional do fato, pelos juízes internacionais representa um avanço na elaboração dogmática do Estatuto, especialmente à luz do confuso e inconsistente entendimento dos tribunais *as hoc* sobre o tema, mas, talvez possa também mostrar-se rígido[295] demais para dar conta das

---

[292] Antonio Vallini. Mens rea. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 414. Na esteira de seus aprofundados estudos de direito comparado e buscando traçar os principais contornos dogmáticos da teoria do delito do direito penal internacional, Kai Ambos (Toward a universal system of crime: comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law. *Cardozo Law Review* 28, 2007, p. 2669) assume posição intermediária a esse respeito ao afirmar que "as to the common-civil law divide on the issue of dolus eventualis and recklessness Art. 30 is silent or at least not decisive. The definition of 'knowledge' as awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events can be interpreted encompassing dolus eventualis or not–that depends ultimately on one's concept of dolus eventualis".

[293] Thomas Weigend. Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges. *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, p. 483.

[294] Thomas Weigend. Intent… p. 484.

[295] Com argumentação que parece corroborar a tese de que o critério da essencialidade é muito restritivo para essa seara, Albin Eser (*Individual Criminal Responsibility...*, p. 780) se posiciona pelo reconhecimento de que: "the basis for criminal responsibility is the individual blame placed on each perpetrator for having participated in the planning of the crime and for having consented to the illegal contributions of the other co-perpetrators. Thus, it is the reproach of unlawfulness against each individual which makes it feasible to attribute the reciprocal contributions to each other. On these terms, the solitary perpetrator *as* well as co-perpetrators can be considered 'individually responsible' for the crime, as intended by paragraph (2)."

especificidades dos crimes previstos no ER. Essa questão ficará ainda mais evidente no item subsequente ao ser avaliada a coautoria mediata.

III.5.3) – Autoria mediata em razão de aparatos organizados de poder e coautoria mediata

Ao se avaliar a evolução da jurisprudência relacionada à hipótese de cometimento de crime por intermédio de autor direto culpável (artigo 25(3)(a) terceira figura) nota-se que a justificação da adoção do critério do domínio da vontade em razão de aparatos organizados de poder (AM-AOP) ocorreu juntamente da criação da figura "híbrida" da coautoria mediata. Assim, o critério do domínio que serviu de fundamento à caracterização da coautoria – na perspectiva de domínio funcional do fato – no *caso Lubanga*, ganhou contornos mais concretos em relação ao *Organisationsherrschaft* no caso *Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui* e foi retomado em diversos outros, dos quais serão tratados especialmente o *caso Procurador v. Al Bahir* e o *caso Procurador v. Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi*.

Dessa forma da avaliação da fundamentação dos juízes internacionais em torno da adoção do domínio da vontade em razão de aparatos organizados de poder (*kraft organisatorischer Machtapparate*), passar-se-á à contextualização dos requisitos previstos para a AM-AOP e para a coautoria mediata. Após análise da compatibilidade dessa hipótese com o princípio da legalidade, será possível, então discutir a adequação estrutural dogmática do conceito, ou seja, a possibilidade de serem compostos os eixos vertical da AM-AOP com o horizontal da coautoria, à luz da estrutura proposta por Roxin.

Em relação ao primeiro dos pontos acima elencados, os juízes internacionais, valendo-se do magistério de Claus Roxin, evidenciam sua importância nos seguintes termos: "os casos mais relevantes para o direito penal internacional consistem naqueles em que o autor mediato comete o crime através do autor imediato em razão de aparatos organizados de poder ('Organisationsherrschaft')"[296]. Consoante depreende-se da linha interpretativa da Câmara,

[296] *Caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008., § 498: "the cases most relevant to international criminal law are

dentre os inúmeros argumentos favoráveis à adoção desse critério sem dúvida desponta o fato de ter sido explicitamente inserta no Estatuto hipótese de cometimento de crime por intermédio de autor direto plenamente culpável[297].

O alinhamento ao pensamento roxiniano é verificável em outra passagem quando sublinha-se que a importância desse modelo de imputação reside justamente no fato de que o autor mediato controla a vontade do autor direito[298]. Por outro lado, em abono dessa premissa, os juízes apontam a necessidade de serem levados em consideração não somente a gravidade dos crimes em questão – evidenciada, *inter alia*, no Preâmbulo do Estatuto –, a sua dimensão dimensão macrocriminal e diretrizes de ordem politico-criminal[299].

A partir dessas premissas são confirmadas as acusações contra os acusados Ngudjolo e Chui envolvendo a suposta prática pelos acusados de sete crimes de guerra e três crimes contra a humanidade[300].

---

those in which the perpetrator behind the perpetrator commits the crime through another by means of 'control over an organisation' (Organisationsherrschaft)."

[297] *Caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008, § 499: "assigning the highest degree of responsibility for commission of a crime — that is, considering him a principal — to a person who uses another, individually responsible person to commit a crime, is not merely a theoretical possibility in scarce legal literature, but has been codified in article 25(3)(a) of the Statute." Esse avanço normativo sem dúvida repercute na discussão em torno da viabilidade da figura tantas vezes criticada pelo segmento da doutrina contrário à posição de Roxin. Como visto acima (Capítulo II) Claus Roxin convincentemente replica tais críticas. Nos termos da Decisão ora em análise (*Ibid*, nota 660) trata-se de "inconsistência aparente": "this mode of liability has been criticised [*sic*] for its apparent inconsistency in conceiving of the direct perpetrator both as a person who is fully responsible, and as a person who is used as a tool, or in other words, one whose will is controlled by another. Essentially, the possibility that a person may so control the will of another such that he can be said to perpetrate a crime through that other, seems incompatible with a meaningful notion of that other as a fully responsible actor."

[298] *Caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008, § 497: "The underlying rationale of this model of criminal responsibility is that the perpetrator behind the perpetrator is responsible because he controls the will of the direct perpetrator. As such, in some scenarios it is possible for both perpetrators to be criminally liable as principals: the direct perpetrator for his fulfilment of the subjective and objective elements of the crime, and the perpetrator behind the perpetrator for his control over the crime via his control over the will of the direct perpetrator."

[299] *Caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008, § 501: "the crimes falling within the jurisdiction of this Court —those of 'the most serious [...] concern to the international community as a whole', and which 'threaten the peace, security, and well-being of the world' —will almost inevitably concern collective or mass criminality".

[300] *Caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008, p. 207-213. Nos termos do Documento contendo as acusações aditado

Os requisitos para as duas categorias sob análise são trazidos de forma sintetizada no *caso Procurador v. Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi* – quando *Muammar Gaddafi* ainda era, antes de sua morte um dos suspeitos. Os elementos objetivos comuns para as duas hipóteses são: *i*) controle da organização pelo acusado ("the suspect must have control over the organisation"); *ii*) organização criminosa deve consistir em aparato organizado e com escalões hierárquicos estabelecidos ("the organisation must consist of an organised and hierarchical apparatus of power") e *iii*) a execução dos crimes deve ser assegurada pelo quase automático cumprimento das ordens do acusado ("the execution of the crimes must be secured by almost automatic compliance with the suspect's orders").

Os subjetivos, por sua vez, são: *iv*) o acusado deve preencher os requisitos subjetivos do crime que lhe é atribuído ("the suspect must fulfil the subjective elements of the crimes") e *v*) acusado deve ter consciência das circunstâncias fáticas que lhe permitem controlar o crime por meio de outrem ("the suspect must be aware of the factual circumstances enabling him or her to exercise control over the crime through another person") [301].

Para a hipótese da coautoria mediata são acrescentados os seguintes: *i*) existência de um plano ou acordo comum entre duas ou mais pessoas, *ii*) contribuição coordenada essencial realizada por cada um dos coautores resultando na realização dos elementos objetivos do crime, *iii*) o suspeito deve preencher os requisitos subjetivos do crime

("Amended Charging Document") a Acusação buscava a responsabilização dos acusados pelos crimes de guerra e contra a humanidade cometidos durante e após o ataque à aldeia de Bogoro na RDC, em fevereiro de 2003, como coautores de um plano comum. Subsidiariamente, solicitou a subsunção dos crimes à hipótese de "ordenar" (alínea (b) do artigo 25 do ER). A Defesa de Germain Katanga, por seu turno, se posicionou contrariamente ao entendimento da Câmara referente à coautoria mediata e adotado no *caso Lubanga*, pelas seguintes razões: houve fusão das formas de participação coautoria e autoria mediata; o plano comum foi definido de forma ampla e imprecisa e houve a incorporação do conceito de dolo eventual.

[301] *Caso Procurador v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi*, Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI", ICC-01/11-12, 27.06.2011, § 69: "for a person to be considered criminally responsible as a principal to a crime pursuant to article 25(3)(a) of the Statute, as an indirect perpetrator or an indirect co- perpetrator, the jurisprudence of the Court has established the following common requirements: (a) the suspect must have control over the organisation; (b) the organisation must consist of an organised and hierarchical apparatus of power; (c) the execution of the crimes must be secured by almost automatic compliance with the suspect's orders; (d) the suspect must fulfil the subjective elements of the crimes; (e) the suspect must be aware of the factual circumstances enabling him or her to exercise control over the crime through another person in the case of indirect perpetration, or, in the case of indirect co-perpetration, be aware of the factual circumstances enabling him or her to exercise, jointly with another, control over the crime through another person.

que lhe é imputado, *iv*) os suspeitos devem estar cientes e aceitarem reciprocamente que a implementação do plano comum resultará na realização dos elementos objetivos do crime[302].

Do cotejo analítico dos requisitos que se vem de elencar resulta questionável a viabilidade da coautoria mediata em termos dogmáticos. À luz da estruturação teórica proposta por Claus Roxin, acima discutida, os critérios do domínio funcional do fato no caso de coautoria (*funktionelle Tatherrschaft*) e o do domínio da vontade (*Willensherrschaft*) – na vertente, interessante para a presente discussão, de AM-AOP – amoldam-se à realidade que se pretende enquadrar em termos jurídicos de formas distintas. Como visto o autor é criterioso ao atribuir os respectivos atributos a cada uma das vertentes a partir da premissa maior que enxerga autor como "figura central".

De outra parte, tendo-se em mente a questão proposta no item anterior em torno da possível rigidez do critério da essencialidade da contribuição – típico do domínio funcional do fato – a mera soma dos requisitos previstos para cada uma das vertentes não parece ser uma boa solução em vista do objetivo de imputar os crimes através das categorias do Estatuto aos acusados preservando equilíbrio entre a busca de responsabilização penal concreta e efetiva e a preservação dos direitos e garantias do réu[303].

---

[302] *Caso Procurador v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi*, Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI", ICC-01/11-12, 27.06.2011, § 69: "for indirect co-perpetration, the jurisprudence of the Court has identified three additional requirements: (a) existence of an agreement or common plan between two or more persons; (b) co-ordinated essential contribution by each co-perpetrator resulting in the realisation of the objective elements of the crime; and (c) the suspects must be mutually aware and mutually accept that implementing their common plan will result in the realisation of the objective elements of the crimes".

[303] De extrema pertinência o pronunciamento do Juiz Cuno Tarfusser ao analisar apelação interposta no *caso Procurador v. Germain Katanga* (Judgment on the appeal of Mr Germain Katanga against the decision of Trial Chamber II of 21 November 2012 entitled "Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons", Dissenting Opinion of Judge Cuno Tarfusser, ICC-01/04-01/07-3363, AC, 27/03/13, § 27) com vistas ao questionamento das consequencias tiradas do Regulamento 55 dos Regulamentos do Tribunal: "I agree that the provision makes it possible for a trial to be prolonged when the need for recharacterisation arises, and I also agree that such prolongation cannot be regarded as per se violating the accused's rights. Nevertheless, I maintain that the inherent tension vis-à-vis the expeditiousness of the proceedings makes it necessary to read and implement it in such a way so as to contain such prolongation and preserve the other tenets of the right to a fair trial as much as feasible. The right to be adequately informed of the nature and content of the charges requires that, in giving notice of their intention to consider a re-characterisation within the meaning of regulation 55 of the Regulations of the Court, the relevant Chamber provides at the same time adequate information as to the factual and legal scope of that change, with a

Na doutrina, aparentemente são poucas as vozes que reconhecem essa violação. Assim, na visão de Héctor Olásolo, que identifica duas formas de aplicação da teoria roxiniana, a autônoma AM-AOP e a regra geral quando integrante da coautoria mediata, ambas devem ser vistas atualmente como figuras aptas a darem conta da responsabilidade penal individual dos chefes de estado e dos superiores de escalão intermediário[304].

Como visto Kai Ambos considera adequada a teoria do domínio funcional do fato para os crimes internacionais. Em coerência ao sistema de dupla imputação que propõe para a teoria do delito em vias de construção no direito penal internacional[305], Ambos sustenta que a atuação em coautoria se verifica "com base em uma divisão 'funcional' do trabalho" ('condicionada à atividade')", de sorte que a atuação de cada coautor "representa um pressuposto indispensável da execução do ato total ('Gesamttat')"[306].

Interessante observar que o autor reconhece a possibilidade de que haja sobreposição das figuras das alíneas (a) e (b), mas não se opõe à construção combinada das duas hipóteses[307]. Posicionamento mais garantista do autor pode ser encontrado em relação a

---

view to allowing the accused to promptly take a meaningful stance and swiftly review his or her defence strategies accordingly, if need be. I therefore take the view that the Impugned Decision does not provide enough detail to allow Mr Katanga effectively to prepare his defence vis-à-vis the envisaged re-characterisation".

[304] Héctor Olásolo. Los primeros casos a nivel internacional de aplicación autónoma del concepto de autoria mediata a través de estructuras organizadas de poder. *Revista Brasileira de Ciências Criminais 92*, 2011, p. 400.

Acolhendo a figura construída pela jurisprudência do TPI com bons olhos também: Harmen van der Wilt. The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility. *JICJ 7*, 2009, p. 312: "the chosen construction reveals an interesting and potential fruitful vision of the culpability of senior leaders".

[305] Kai Ambos. La Parte General... p. 500: "la imputación de derecho penal internacional como individualización de la responsabilidad jurídico-penal tampoco puede ser fundamentada de manera meramente causal en el sentido de las ciencias de la naturaleza, sino que ella debe recurrir a consideraciones normativas. Además, no se trata solamente de una imputación individual, sino también de una imputación del hecho colectivo (imputación colectiva/sistémica), es decir de una doble imputación".

[306] Kai Ambos. A Parte Geral... p. 207. Nesse aspecto Ambos (Parte General, p. 180-1) acompanha Dencker: "estas consideraciones ponen de manifiesto, precisamente en nuestro contexto, la relevancia de un principio de imputación del hecho total o colectivo, como el que hace poco ha sido explícitamente desarrollado por Dencker para los casos de causalidad múltiple. Desde luego, ellas muestran también que la idea básica de este principio se encuentra ya en la teoría del dominio funcional del hecho. Finalmente, no se debería abusar de este nuevo principio de imputación para fundamentar una responsabilidad colectiva ni para extender extremadamente la responsabilidad individual". Nesse sentido: Gerhard Werle. *Tratado de derecho penal international*. Valencia: Tirant to blanch, 2005.

[307] Kai Ambos. Critical issues in the Bemba confirmation decision, *Leiden Journal of International Law* 22, 2009, p. 719-20: "there may be a combination of a joint control over physical perpetrators – that is, a mixed horizontal–vertical relationship – in cases where two or more superiors exercise joint control over physical

viabilidade de se interpretar aparte final da alínea (a) do artigo 25 ("seja essa pessoa penalmente responsável ou não") como fazendo referência tanto a autoria mediata como a coautoria: seja em termos interpretativos, seja à luz da estrutura dogmática das formas de intervenção no crime não há como ser admitida tal leitura[308].

A partir dessas ponderações dogmáticas convém avaliar se a criação da coautoria mediata pelos juízes do Tribunal viola o artigo 22 do ER[309]. Consignada a existência de posição minoritária[310] dos magistrados favorável ao reconhecimento da violação referida, passa-se a analisar o entendimento da maioria. Em recente decisão proferida no caso *Al Bashir*, a P-TC I manteve-se fiel ao seu entendimento anterior[311] especificando as quatro formas de manifestação do domínio do fato previstas na alínea (a) desse dispositivo legal: *i*) autoria individual ("direct perpetration"); *ii*) autoria mediata ("perpetration through another person or indirect perpetration"); *iii*) coautoria ("co-perpetration based on joint control") e *iv*) coautoria mediata "indirect co-perpetration"[312].

---

perpetrators. This, in fact, has been the situation of the *Katanga/Chui* decision (Katanga and Chui as co-perpetrators through physical perpetrators) and it is also, structurally, the situation in *Bemba*, for one may consider Bemba and Patassé as co-perpetrators jointly acting through their subordinates as direct perpetrators".

[308] Kai Ambos. Article 25. Individual criminal responsibility. In TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd edition. München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 755.

[309] A esse respeito Bruce Broomhall (*Nullum crimen sine lege*. In TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd edition. München: Verlag C. H. Beck, 2008. p. 715) pondera que "at the Diplomatic Conference, the basic structure devised for article 22 for the Preparatoty Committee underwent little change".

[310] Juíza Van den Wyngaert se posiciona contrariamente a criação dessa quarta categoria (*caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, TC II, 18.12.2012, § 7): "I also believe that the novel notion of 'indirect co-perpetration', as interpreted and developed by the Pre-Trial Chamber, goes beyond the terms of the Statute and is therefore incompatible with Article 22."

[311] Ver *Caso Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, P-TC I, 29.01.2007, § 332 e *caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008, § 487.

[312] *Caso Procurador v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, P-TC I, 04.03.2009, § 210: "at the outset, the Chamber highlights that, in the Lubanga and the Katanga and Ngudjolo cases, the Chamber has held that article 25(3)(a) of the Statute embraces the notion of control of the crime as the determining criterion to distinguish between principal and accessory liability. Furthermore, as the Chamber has held in the said cases, article 25(3)(a) of the Statute also embraces the following four manifestations of the notion of control of the crime: direct perpetration, perpetration through another person or indirect perpetration, co-perpetration based on joint control and indirect co-perpetration."

Apoiando-se na lição de Irving Copi, os juízes sustentam que a conjunção alternativa "ou" do artigo 25(3)(a) do Estatuto pode ter dois sentidos: *i*) "o fraco ou inclusivo", significando "tanto um como outro e possivelmente os dois" e *ii*) "o forte ou exclusivo", traduzido por "tanto um como outro, mas não os dois"[313]. Assim, em vista da existência de outros dispositivos no Estatuto a permitirem a denominada leitura "fraca ou inclusiva" – como exemplos são citados: o artigo 7 que prevê os elementos objetivos dos crimes contra a humanidade ("ataque generalizado ou sistemático") e o artigo 8(2)(a)(ii) que disciplina o crime de guerra de tortura ("tortura ou outros tratamentos desumanos") – a P-TC I conclui pela atendimento da regra que exige que a responsabilização individual seja realizada em consonância com o Estatuto[314].

Parece, contudo, que tal assunção não mereça prosperar seja sob a perspectiva da lógica formal, seja à luz do conteúdo garantista do princípio da legalidade. O primeiro artigo referido traz os elementos contextuais dos crimes contra a humanidade, sendo necessário que se verifique a presença de, ao menos, um dos requisitos – "ataque generalizado ou sistemático" – para que se possa cogitar da tipificação do delito. Assim, presente um *ou* outro *ou* os dois – e nessa última hipótese, se de um lado, realmente não prospera a interpretação disjuntiva (mencionada como "não os dois"), de outro, não há que se falar necessariamente em "possivelmente os dois" – ao lado dos demais elementos contextuais poder-se-á considerar o crime concretizado.

---

[313] *Caso Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, P-TC I, 30.09.2008, § 491-2: "The Chamber notes that article 25(3)(a) uses the connective 'or', a disjunction (or alternation). Two meanings can be attributed to the word 'or' - one known as weak or inclusive and the other strong or exclusive. An inclusive disjunction has the sense of 'either one or the other, and possibly both' whereas an exclusive disjunction has the sense of 'either one or the other, but not both'. Therefore, to interpret the disjunction in article 25(3)(a) of the Statute as either 'inclusive' or 'exclusive' is possible from a strict textualist interpretation. In the view of the Chamber, basing a person's criminal responsibility upon the joint commission of a crime through one or more persons is therefore a mode of liability 'in accordance with the Statute'. The Chamber finds that there are no legal grounds for limiting the joint commission of the crime solely to cases in which the perpetrators execute a portion of the crime by exercising direct control over it. Rather, through a combination of individual responsibility for committing crimes through other persons together with the mutual attribution among the co-perpetrators at the senior level, a mode of liability arises which allows the Court to assess the blameworthiness of 'senior leaders' adequately".

[314] Artigo 25(2), ER.

O segundo exemplo apoia-se em crime de conduta múltipla, bastando que se verifique a presença de uma das formas de cometimento – "tortura" ou "outros tratamentos desumanos" – juntamente dos demais requisitos legais para que o crime de guerra esteja configurado. Embora a Câmara não tenha enfrentado essa discussão, poder-se-ia argumentar que caso fosse constatada a presença de ambas as formas, a mais leve ("outros tratamentos desumanos") muito provavelmente seria considerada "absorvida" pela mais grave ("tortura"). Seria, então, o caso de considerar, contrariamente ao entendimento da Câmara, a aplicabilidade do referido sentido "forte ou exclusivo" nesse caso?

Consignadas essas reflexões, convém enfrentar a de maior relevância qual seja a compatibilidade da nova hipótese com o princípio da legalidade. Há que se registrar que essa construção interpretativa não se mostra em harmonia com o Estatuto compreendido na sua totalidade. Como acima referido, a inclusão do princípio da legalidade[315] no Estatuto é um avanço é consubstancia um dos traços distintivos do Tribunal em relação a seus predecessores. Assim se há consenso em relação à faceta *ratione temporis* da competência do Tribunal, outros corolários do princípio da legalidade não foram integralmente incorporados na atividade judicante.

Como ponto de partida ganha relevo a dissidência da Juíza já referida. Na correta visão da Magistrada belga, a proibição de analogia e de interpretação em favor do réu no caso de ambiguidade deve viger não somente para a intepretação dos crimes como também das formas de responsabilidade penal individual[316]. A partir dessa premissa, desmorona a

[315] Conveniente transcrever trecho de Claus Roxin (*Autoría y dominio del hecho* p. 679-80) em que esse aspecto é elucidado construtivamente: "La teoría subjetiva deja la delimitación de las formas de participación casi absolutamente en manos del arbitrio del juez, quien posteriormente reviste su decisión con cualesquiera expresiones formularias; los representantes de la teoría del dominio del hecho, en cambio, como pone de manifiesto la presente obra, se esfuerzan crecientemente por restringir la 'libertad de decisión guiada por el sentimiento jurídico' mediante una descripción de las formas de participación lo más taxativa posible". Ver Héctor Olásolo. Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law. *Criminal Law Forum* 18, 2007, p. 301-318.

[316] *Caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, TC II, 18.12.2012, § 18 "I attach the greatest importance to Article 22(2) of the Statute, which obliges the Court to interpret the definition of crimes strictly and prohibits any extension by analogy. There can be little doubt that this fundamental principle applies with equal force in relation to the definition of criminal responsibility. […] Indeed, I believe that this article overrides the conventional methods of treaty interpretation, as defined in the Vienna Convention on the Law of Treaties, particularly the teleological method. Whereas these methods of interpretation may be entirely adequate for

construção de "lógica-formal" realizada pela maioria para legitimar a criação da figura hibrida.

Não é outro o entendimento da doutrina. Consoante entendimento prevalente nos países de tradição romano-germânica, o princípio da legalidade é desdobrável em quatro subprincípios ou corolários: i) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, *ii*) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, *iii*) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* e *iv*) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Nas palavras de Francisco de Assis Toledo, esses princípios significam a proibição, respectivamente, de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade, da fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário, da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (*analogia in malam partem*) e de leis penais indeterminadas[317].

Há no Estatuto alguns dispositivos que poderiam ser questionados à luz da exigência de que as normas sejam construídas de forma certa, ou seja inequívoca[318]. Contudo, interessa à presente reflexão a avalição do requisito voltado a garantia de que a lei seja *stricta*. Nesse diapasão um primeiro aspecto a ser esclarecido diz com a distinção entre analogia e intepretação expansiva. Já se afirmou com justiça que enquanto aquela – quando realizada em detrimento do réu – é proibida, esta pode vir a configurar legítima e importante ferramenta na mão do intérprete levando-se em consideração que a "ampliação do espectro de incidência da norma" "está contida *in potentia* nas próprias palavras da própria lei"[319]. A partir disso resulta cristalino que a construção da coautoria mediata pela atuação pretoriana representa analogia

Assim, deve-se consignar que mesmo Antonio Cassese – quem, como visto, coloca demasiada ênfase na importância do costume internacional no quadro das fontes do direito penal internacional a ponto de priorizá-lo em detrimento das normas escritas do

---

interpreting other parts of the Statute, I consider that for interpreting articles dealing with the criminal responsibility of individuals, the principles of strict construction and in dubio pro reo are paramount".

[317] Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2000, p. 22.

[318] Como exemplo pode ser referido o artigo 7(1)(k) do Estatuto, que disciplina uma das hipóteses dos crimes contra a humanidade, reiteradamente criticado pela doutrina em razão do caráter vago da expressão "outros atos desumanos de caráter semelhante...".

[319] Francisco de Assis Toledo, Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2000, p. 27.

Estatuto – reconhece o papel de garantia desempenhado pelo princípio da legalidade e seus corolários na atual configuração dessa área do direito. Nas palavras do autor – que traz importante ressalva pelo reconhecimento de que "os traços marcantes da ordem internacional bem como a maneira como o direito desenvolve-se nesse âmbito condicionam o conteúdo e escopo de muitos dos princípios"[320] – "o princípio passou a ser visto do ponto de vista dos direitos fundamentais do suspeito e não mais como pertencente às diretivas políticas relativas à estratégia penal dos Estados no âmbito internacional"[321].

Outro aspecto já enfrentado que merece ser retomado diz respeito à importância do princípio da legalidade na legitimação da atuação do Tribunal frente à comunidade internacional. Para que possa ser exemplo do devido processo penal internacional, não há dúvida de que os juízes internacionais devem o devido peso à balança das garantias do réu.

Ademais, tem-se por certo que essa opção deve repercutir na progressiva construção da teoria dos fins da pena no âmbito do Tribunal. Como acertadamente ressalta Silva Sánchez, "o Direito Penal não se legítima apenas pelo fundamento utilitarista, mas é necessário também que corresponda em toda sua globalidade como instituição às exigências garantistas"[322].Ao indagar a respeito desse direito comum da comunidade internacional,

---

[320] Antonio Cassese. ICL, p. 33

[321] Antonio Cassese. Nullum Crimen Sine Lege. In CASSESE, Antonio (Editor in Chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press. 2009. p. 439. O professor italiano (*Nullum Crimen Sine Lege*. In Companion, p. 440), reconhecendo a evolução pela qual passou o princípio desde o julgamento de Nuremberg até sua expressa inclusão no artigo 22 do ER, demonstrando seu comprometimento com a compreensão e desenvolvimento humanos do direito penal internacional, destrincha o conteúdo de cada um de seus corolários – "specificity", "non-retroactivity", "ban of analogy" e *favor rei* – e é firme ao sublinhar que o princípio da interpretação estrita "entails that one is not allowed to broaden surreptitiously, by way of interpretation, the cope of rules criminalizing conduct, so as to make them applicable to instances not specifically envisaged by those rules". Em sentido semelhante a posição da Juíza Christine Van den Wyngaert no *caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/04-02/12-4, TC II, 18.12.2012, §19): "as far as the latter is concerned, I believe that the express inclusion of the in dubio pro reo standard in Article 22(2) of the Statute is a highly significant characteristic of the Statute. By including this principle in Part III of the Statute, the drafters wanted to make sure that the Court could not engage in the kind of 'judicial creativity' of which other jurisdictions may at times have been suspected. Moreover, this principle is an essential safeguard to ensure both the necessary predictability and legal certainty that are essential for a system that is based on the rule of law".

[322] Jesús-María Silva Sánchez. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011, p. 330.

Delmas-Marty reconhece dimensão ética diretamente relacionada aos valores que humanizam essa comunidade em nível mundial[323]. Assim, a partir de sua adequada premissa de que "é necessário compor as concepções comuns" – dentre as quais os crimes contra a humanidade são um exemplo sempre referido e visto pela autora como "ataques à noção de humanidade em si"[324] – "com a preservação das diversidade de entendimento nacionais" parece acertado afirmar que na aplicação de uma das hipóteses de intervenção no fato punível previstas no Estatuto os juízes do Tribunal não podem esvaziar o princípio da legalidade justamente pelo fato de este ser um dos pilares do conteúdo garantista, humano e, portanto, ético dessa normativa.

Ao discutir o *standard* de gravidade previsto no artigo 17(1)(d), do Estatuto no *caso Procurador v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* a Câmara retomou entendimento prévio e evidenciou a relevância da consideração do escopo de atuação do Tribunal para sua adequada apreciação. Assim, foi proposta análise baseada em três questões fundamentais: *i*) trata-se de conduta inserida em padrão de cometimento sistemático ou em larga escala?; *ii*) o acusado pertence ao grupo dos suspeitos com maior responsabilidade pelos crimes cometidos? e *iii*) caso o acusado integre a categoria dos *most senior leaders* , qual a sua função nesse contexto criminoso e qual a função das organizações no cometimento dos crimes sob apreciação?[325]. Contudo, como informado pela própria P-TC I, esse entendimento foi

---

[323] Mireille Delmas-Marty. Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ? Paris : Seuil, 2011, p. 13: "un tel droit, qui n'est plus identifié a une nation, implique une dimension étique, c'est-à-dire la référence aux valeurs communes qui humanisent cette communauté à l'échelle mondiale".

[324] *Ibid*. p. 83

[325] *Caso Procurador v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, P-TC I, 04.03.2009, § 58: "in its 10 February 2006 Decision, the Chamber put forward the only existing definition of article 17(l)(d) gravity threshold provided for to date in the jurisprudence of the Court. According to such definition: any case arising from an investigation before the Court will meet the gravity threshold provided for in article 17(l)(d) of the Statute if the following three questions can be answered affirmatively:

Is the conduct which is the object of a case systematic or large scale (due consideration should also be given to the social alarm caused to the international community by the relevant type of conduct);

Considering the position of the relevant person in the State entity, organisation or armed group to which he belongs, can it be considered that such person falls within the category of most senior leaders of the situation under investigation?; and

Does the relevant person fall within the category of most senior leaders suspected of being most responsible, considering (1) the role played by the relevant person through acts or omissions when the State entities, organisations or armed groups to which he belongs commit systematic or large-scale crime within the jurisdiction

questionado pela Câmara de Apelação sustentando tratar-se de conclusão incompatível com a normativa do Tribunal[326].

Igualmente polêmica é a interpretação que se revolve a favor da adoção do critério que exige que "a execução dos crimes seja assegurada pelo quase automático cumprimento das ordens do acusado". Como afirmado por Héctor Olásolo, o critério da "fungibilidade negativa simultânea" se mostra polêmico nas hipóteses de julgamento de milícias paramilitares substancialmente por dois fatores: ou possuem um tamanho limitado ou, sendo de médio porte, atuam espalhadas por diversos locais, de maneira que não se verifica na prática o grau de interação e comunicação necessários à configuração da hipótese em apreço[327].

Por fim, cabe consignar que o Tribunal poderia ter explicitado as razões que o levaram a não adotar o critério da desvinculação do aparato de poder do ordenamento jurídico[328]. Como pode-se constatar em diversas passagens do trabalho uma das características marcantes da criminalidade sob julgamento do TPI é justamente a a adoção de políticas e planos criminosos que escancaradamente estão em desconformidade com os cânones de uma ordem jurídica pautada nos valores do estado de Direito e de respeito dos direitos fundamentais do homem.

---

of the Court; and (2) the role played by such State entities, organisations or armed groups in the overall commission of crimes within the jurisdiction of the Court in the relevant situation?"

[326] *Caso Procurador v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, P-TC I, 04.03.2009, § 58: "nevertheless, the Appeals Chamber, in its obiter dicta provided for in its 13 July 2006 Decision, stated that this definition of article 17(l)(d) gravity threshold was flawed (ICC-01/04-169, para. 82)".

[327] Héctor Olásolo. Los primeros casos…, p. 375.

[328] Ver: Francisco Muñoz Conde. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones "no desvinculadas del Derecho"? *Revista Penal*, 2000, p. 104-114.

CONCLUSÃO

O *momentum* simbolizado pela plena atuação do Tribunal Penal Internacional mais de anos após a entrada em vigor de seu Estatuto traz esperanças e constatações difíceis. Assim, correto o entendimento de que a instituição é um dos pilares para a construção de ordem internacional pautada pela pacífica convivência entre as nações, na qual não existam mais massacres ou ditaduras.

Ocorre que a recente história da humanidade mostra-se como lamentável comprovação de que essa luz no fim do túnel ainda encontra-se distante de ser alcançada. Da análise dos julgamentos resulta claro que a pretendida atuação preventiva no sentido de evitar que os crimes sejam cometidos pela pronta intervenção de sua jurisdição no conflito, ainda é uma quimera, sendo realidade a atuação *ex post factum* em relação aos poucos acusados que sentaram no banco dos réus até então.

A partir da premissa de que a função primordial do TPI é a investigação, processo e julgamento e, em sendo o caso, condenação dos suspeitos, resulta clara a preponderância do aspecto penal. Como visto, no único caso que conta com sentença condenatória proferida (*Lubanga*), ao lado do reconhecimento da importância da reparação das vítimas manteve-se a prevalência da função de prevenção geral e especial do organismo internacional.

Assentado esse aspecto, tornou-se imperioso compreender como os juízes vinham interpretando os requisitos da AM-AOP. A importância da hipótese foi por diversas vezes evidenciada no trabalho e de certa forma já era antevista na ressalva de Claus Roxin, quando de sua criação em 1963.

Assim, a partir da adoção pelos juízes do TPI da teoria da autoria mediata em razão de aparatos de poder como fundamento da figura prevista no artigo 25(3)(a), terceira hipótese, do Estatuto e da constatação de que é única forma idealizada para dar conta, em termos dogmáticos, das especificidades dos crimes praticados em grande escala e sistematicamente tem-se clara a perspectiva de que se torne importante opção de imputação

dos crimes de competência do Tribunal aos acusados. Até o momento o encaminhamento dos casos não permite avaliar a aplicação dos critérios da AM-AOP em sede de sentença, tendo chegado somente até a Decisão de Confirmação das Acusações no *caso Katanga e Chui*.

A AM-AOP ganha maior relevo, outrossim, em vista das diretrizes de política criminal trazidas pelos juízes na fundamentação de suas decisões, dentre as quais podem ser referidas a busca pelo combate da impunidade desses criminosos, bem como a tendência a que se reconheça a maior importância do julgamento dos maiores responsáveis pelos crimes cometidos. Da análise dos casos resulta que a afirmação desse escopo não vem acompanhada de explicitação das razões que legitimariam esse enfoque. Ademais, a presença de um chefe de Estado no banco dos réus não se presta de garantia a que seus subordinados não cometam crimes.

Os requisitos dessa forma de intervenção no fato seguem em substância a proposta de Roxin, não tendo sido incorporada somente a exigência de que os aparatos organizados de poder atuem à margem do ordenamento jurídico. Embora não haja condenação até o momento de réu com fundamento na AM-AOP, tem-se claro que poderá ser de extrema valia para a subsunção dos crimes sob investigação ou julgamento nos demais casos nos quais está sendo aplicada mas cujo andamento está impossibilitado por não terem sido presos os acusados (Saif Al Islam e Omar Al Bashir).

A combinação das hipóteses da coautoria e da AM-AOP na figura híbrida da coautoria mediata encontra óbice sob duas perspectivas: não convence em termos dogmáticos porque contraria a construção teórica proposta por Claus Roxin: os critérios do domínio funcional do fato no caso de coautoria e o do domínio da vontade – na vertente, interessante para a presente discussão, de AM-AOP – amoldam-se à realidade que se pretende enquadrar em termos jurídicos de formas distintas.

De outra parte, tendo-se em mente a rigidez do critério da essencialidade da contribuição – típico do domínio funcional do fato – a mera soma dos requisitos previstos para cada uma das vertentes não parece ser uma boa solução em vista do objetivo de imputar os crimes através das categorias do Estatuto aos acusados preservando equilíbrio entre a busca de

responsabilização penal concreta e efetiva e a preservação dos direitos e garantias do réu. O dissenso do Juiz Cuno Tarfusser no caso Katanga explicita essa violação.

Por outro lado, essa forma de agir da maioria dos juízes traz flagrante intepretação *in malam partem* proibida pelo artigo 22(2), do ER. Espera-se que a posição da Juíza Van den Wyngaert – manifestada em seu Voto Dissidente no *caso Procurador v. Mathieu Ngudjolo Chui* – ganhe maior força no seio do Tribunal nos próximos anos.

Apesar das críticas suscitadas tem-se claro que os avanços conquistados pelos juízes nessa complexa e delicada área da teoria do delito do direito penal internacional são de fundamental importância não somente para o aprimoramento das figuras jurídicas como também para a legitimação da atuação do tribunal perante os estados dada a sua vocação universalista.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. Quel che resta di Auschwitz – L'archivio e il testimone. Torino: Bollati Boringhieri ed., 1998.

AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional – Bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: RT, 2008.

AMBOS, Kai. Article 25: Individual Criminal Responsibility. In TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd edition. München: Verlag C. H. Beck, 2008. p. 475-492.

AMBOS, Kai. Article 25. Individual criminal responsibility. In TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd edition. München: Verlag C. H. Beck, 2008. p. 743-770c.

AMBOS, Kai. Critical issues in the Bemba confirmation decision, *Leiden Journal of International Law* 22, 2009, p. 715-726.

AMBOS, Kai. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible - 2008

AMBOS, Kai. General principles of criminal law in the Rome Statute. *Criminal Law Forum* 10, 1999, p. 1-32.

AMBOS, Kai. Individual Criminal Responsibility In International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From the Nurember to The Hague, In MCDONALD, G. K. e SWAAK-GOLDMAN, Olívia (org.), *Substantial and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*. Vol. I, The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 1-31.

AMBOS, Kai. Individual criminal responsibility. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I B). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 743-770c.

AMBOS, Kai. International Criminal Law at the crossroads: From ad hoc imposition to a treaty based universal system. In STAHN, C.; VAN DEN HERIK, L. (eds.). *Future perspectives on international criminal justice*. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2010. p. 161-177.

AMBOS, Kai. International criminal procedure - "adversarial", "inquisitorial" or mixed? - 2003

AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional – Bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

AMBOS, Kai. Remarks on the General Part of International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice* 4, 2006, p. 660-673.

AMBOS, Kai. Sobre a antijuridicidade dos disparos mortais no muro da Alemanha. In AMBOS, Kai (coord.) *Direito penal, fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2006, p. 135-161.

AMBOS, Kai. The first confirmation decision of the International Criminal Court: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. In KOTSALIS, L.; COURAKIS, N.; MYLONOPOULOS, C. (eds.), *Essays in honour of Argyrios Karras*. Athen: Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2010. p. 979-1003.

AMBOS, Kai. The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor* v. *Lubanga*): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues, *International Criminal Law Review 12*, 2012, p. 115–153.

AMBOS, Kai. The structure of international criminal procedure - “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? In Bohlander – 2007

AMBOS, Kai. Toward a universal system of crime: comments on George Fletcher’s Grammar of Criminal Law. *Cardozo Law Review* 28, 2007, p. 2647-2673.

ANEXO 2. In *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – Contribuciones de America Latina y Alemania*. Uruguay: Konrad-Adenauer Stiftung, 2006, p. 527-593.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo. Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARNOLD, Roberta; TRIFFTERER, Otto. Article 28: Responsibility of commanders and others superiors. In TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd edition. München: Verlag C. H. Beck, 2008. p. 795-843.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Derecho penal internacional – Proyecto de Código Penal Internacional*. Madrid: Tecnos, 1984.

BASSIOUNI, M. Cherif. International Criminal Justice in Historical Perspective: The Tension Between State’s Interests and the Pursuit of International Justice In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 131-42.

BASSIOUNI, M. Cherif. International Criminal Law in the age of globalization. In Association International de Droit Pénal (ed.). *International Criminal Law: Quo vadis?* Toulouse: *Éditions Ères*, 2004. p. 77-155.

BASSIOUNI, M. Cherif. Negotiating the Treaty of Rome. *Cornell International Law Journal 32*, 1998, p. 443-470.

BASSIOUNI, M. Cherif. The Perennial Conflict Between International Criminal Justice and Realpolitik, *Georgia State University Law Review 22*, 2006, p. 541-560.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Trad. de Luciana Pinto Venâncio. São Paulo: Manole, 2004.

BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, julgamento e recurso. In: AMBOS, Kai; (Org.); CHOUKR, Fauzi Hassan. (Org.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: RT, 2000, p. 63-81.

BISCHOFF, J.; BOAS, G.; REID, N. *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Vol.1. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BOAS, G.; BISCHOFF, J.; REID, N. *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Vol.1. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BROOMHALL, Bruce. *Nullum crimen sine lege*. In TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd edition. München: Verlag C. H. Beck, 2008. p. 713-729.

CASSESE, Antonio. Existe um conflito insuperável entre soberania dos Estados e justiça penal internacional? In CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. São Paulo: Manole, 2004. p. 03-24.

CASSESE, Antonio. From Nuremberg to Rome: International Military Tribunals to the International Criminal Court. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors).

The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary. (Vol. I A). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009). p. 03-19.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CASSESE, Antonio. Reflections on International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, p. 271-5.

CASSESE, Antonio. The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, *Journal of International Criminal Justice 5*, 2007, p. 109-133.

CASSESE, Antonio. The rationale for international criminal justice. In CASSESE, Antonio. (Ed.). *The Oxford companion to international criminal justice*. New York: Oxford, 2009, p.123-130.

COBO DEL ROSAL, Manuel. Prólogo. In ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Séptima edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 01-04.

COCKAYNE, James. Truth and Reconciliation Commission. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 551-3.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórico dos direitos humanos, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRYER, Robert. Nuremberg International Military Tribunal. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 441-3.

CRYER, Robert. Tokyo International Military Tribunal. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 535-7.

DAMAŠKA, Mirjan R. Reflections on Fairness in International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012. p. 611-620.

DARCY, Shane; POWDERLY, Joseph. Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DECAUX, Emmanuel. The Place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System, JICJ 9, 2011, p. 597-608.

DELMAS-MARTY, Mireille. 10 x 10 – 2010

DELMAS-MARTY, Mireille. Droit pénal et mondialisation. In *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*. Paris : Dalloz, 2006. p. 03-15.

DELMAS-MARTY, Mireille. Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC. *JICJ 4*, 2006, p. 02-11.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (IV) – Vers une communauté de valeurs ?* Paris : Seuil, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. O direito penal como ética da mundialização. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 3, Ano 14, julho-setembro/2004, p. 287-304.

DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? In CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. (org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. Silvio Antunha. São Paulo: Manole, 2004. p. 61-72.

DELMAS-MARTY, Mireille. Violence and Massacres Towards a Criminal Law of Inhumanity? *JICJ 7*, 2009, p. 5-17.

DONNEDIEU DE VABRES, H.. Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international. *Reueil des cours de l'Academie de Droit International*, t. 70, 1947, p. 481-577.

DUPUY, Pierre-Marie. International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. II). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009). p. 1085-1100.

ESER, Albin. Individual criminal responsibility. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I B). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009). p. 767-822.

ESER, Albin. Mental elements–mistake of fact and mistake of law. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I B). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009). p. 889-950.

ESER, Albin. The nature and rationale of punishment. *Cardozo Law Review* 28, 2007, p. 2427 -2437.

GANDHI, Mahatma. As palavras de Gandhi. Texto selecionado por Richard Attenborough. Trad. A. B. Pinheiro de Lemos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1982, [p. 20].

GIL GIL, Alicia. *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos, 1999.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. Claus Roxin – 80 anos. *Revista das Liberdades 7*, 2011, p. 97-123.

GUSTAFSON, Katrina. Alstötter and others (the *Justice trial*). In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 582-3.

HUET, André; KOERING-JOULIN. Renée. *Droit pénal international*. Paris : Thémis, 1993.

JACOBS, D.; GAYNOR, F.; KLAMBERG, M.; TOCHILOVSKY, V.. *International Criminal Procedure Expert Framework: "Towards a Codification of General Rules and Principles of International Criminal Procedure"* (Amsterdam/ The Hague, October 2011). Disponível em: <http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_25062/#results> Consulta: 15.11.2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O direito penal internacional. In BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Para entender o direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESSBERGER, Florian; GENEUSS, Julia, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir German Doctrine at The Hague? *JICJ 6*, 2008, p. 853-869.

KAUL, Hans-Peter. A Corte Internacional Criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos. In AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 109-124.

KIRSCH, Philippe, Introduction. In VON HEBEL; Herman; LAMMERS, Johan G.; SCHUKKING, Jolien (eds.), *Reflections on the ICC. Essays in Honour of Adriaan Bos*. Hague: Asser Press, 1999, p. 1-10.

KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. Reaching Agreement at the Rome Conference. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I A). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 67-91.

KIRSCH, Philippe. International Criminal Court and the Enforcement of International Justice

- The Nineteenth Blaine Sloan Lecture on International Law, *Pace Law International Law Review 17*, 2005, p. 47-60.

KOERING-JOULIN ; HUET, André. Renée. *Droit pénal international*. Paris : Thémis, 1993.

KREß, Claus. The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice. In CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 143-159.

LAFER, Celso. *A reconstrução histórica dos direitos humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Alaor; GRECO, Luis. Claus Roxin – 80 anos. *Revista das Liberdades 7*, 2011, p. 97-123.

MALARINO, Ezequiel; FRONZA, Emanuela. Problemas de determinación de la norma penal. In AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNICK, Jan (org.). *Temas actuales Del [sic?] derecho penal internacional*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 61-95.

MALARINO, Ezequiel. El caso argentino. In AMBOS, Kai (coord.). *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente - Un estudio comparado*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 2009, p. 37-70.

MANACORDA, Stefano; MELONI, Chantal. Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law? *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, p. 159-178.

MANACORDA, Stefano. *Imputazione Collettiva e Responsabilità Personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*. Turin: G. Giappichelli, 2008.

MANACORDA, Stefano. The principle of individual criminal responsability - a conceptual framework. Foreword. *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, p. 913-915.

MARXEN, Klaus. Beteiligung an schwerem systematischem Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre. In LÜDERSSEN, Klaus (ed.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 220-236.

MÉGRET, Frédéric. A quoi sert la justice pénale internationale?

MÉGRET, Frédéric. Defense of Hybridity: Towards a representational theory of International Criminal Justice. *Cornell International Law Journal* 38, 2005. p. 725-751.

MELONI, Chantal; MANACORDA, Stefano. Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law? *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, p. 159-178.

MODOLLEL GONZÁLEZ, Juan L. Problemas de autoría el la sentencia del 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo). In AMBOS, Kai; HOYOS SANCHO, Montserrat de (dir.). Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 117-144.

MØSE, Eric. ICTR. In: CASSESE, Antonio (Editor-in-chief). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 354-7

MUÑOZ CONDE, Francisco; OLÁSOLO, Héctor. The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain, *Journal of International Criminal Justice 9*, 2011, p. 113-135.

MUÑOZ CONDE, Francisco. ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”? Revista Penal, 2000, p. 104-114.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª ed., revisada y ampliada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

OHLIN, Jens David. Joint Criminal Confusion. *New Criminal Law Review* 12, number 3, 2009, p. 406-419.

OHLIN, Jens David. Joint Intentions to Commit International Crimes, *Chicago Journal of International Law 11*, 2011, p. 693-753.

OLÁSOLO, Héctor; MUÑOZ CONDE, Francisco. Criminal Liability of Senior Political Superiors and Military Commanders for Crimes Comitted within Organised Structures of Power. *Journal of International Criminal Justice* 8, 2010, .

OLÁSOLO, Héctor. Los primeros casos a nivel internacional de aplicación autónoma del concepto de autoria mediata a través de estructuras organizadas de poder. *Revista Brasileira de Ciências Criminais 92*, 2011, p. 369-402.

OLÁSOLO, Héctor. Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law. *Criminal Law Forum* 18, 2007, p. 301-318.

OLÁSOLO, Héctor. The role of the ICC in preventing atrocity crimes through timely intervention

OSIEL, Mark. The Banality of Good- Aligning Incentives Against Mass Atrocity. *Columbia Law Review*, 2005, p. 1751-1862.

PASTOR, Daniel R. *El poder penal internacional – Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006.

PELLA, Vincent. La répression des crimes contre la personnalité de l'Etat, *RCADI 33*, 1930, p. 671-838.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional penal. Imunidades e anistias*. São Paulo: Manole, 2012.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. O princípio de complementaridade no Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea. *Política Externa*, v.8, n. 4, abr./maio 2000, p. 03-11.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

REID, N.; BOAS, G.; BISCHOFF, J. *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Vol.1. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ROBINSON, Darryl; KIRSCH, Philippe. Reaching Agreement at the Rome Conference. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I A). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009), p. 67-91.

RÖLING, Bertcha V. A. The law of arms control and disarmament. In MAKARCZYK, Jerzy (ed.). *Essays in International Law in honour of Judge Manfred Lachs*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1984, p. 741-747.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Séptima edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista de Estudios de la Justicia 7*, 2006, p. 11-22.

ROXIN, Claus. La Ciencia del Derecho penal ante las tareas del futuro. Trad. Carmen Gómez Rivero In *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Francisco Muñoz Conde (org.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 389-421.

ROXIN, Claus. Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, *ZIS 7*, 2006.

SCHABAS, William A. *An Introduction to The International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SCHABAS, William A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. New York: Oxford University Press, 2010.

SEVCENKO, Nicolau. A corrida para o século XXI no loop da montanha russa. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.

STEINER, Sylvia. O perfil do Juiz do Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000. p. 291-304.

TODOROV, Tzvetan. *Face à l'extreme*. Paris: Seuil, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000.

TRIFFTERER, Otto; ARNOLD, Roberta. Article 28: Responsibility of commanders and others superiors. In TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 2nd edition. München: Verlag C. H. Beck, 2008. p. 795-843.

VAN DER WILT, Harmen. The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility. *JICJ 7*, 2009, p. 307-314

VEST, Hans. Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law. *JICJ 8*, 2010, p. 851-872.

WEIGEND, Thomas. Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, *JICJ 6*, 2008, p. 471-487.

WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization The Unexpected Career of a German Legal Concept, *JICJ* 9, 2011, p. 91-111.

WEIGEND, Thomas. Societas delinquere non potest ? A German Perspective, *JICJ 6*, 2008, p. 927-945.

WERLE, Gerhard; BURGHARDT, Boris. The German Federal Supreme Court (bundesgerichtshof, bgh) on indirect perpetration Introductory Note, JICJ, 2011.

WERLE, Gerhard. Individual criminal responsibility. *JICJ 5*, 2007, p. 953-975.

WERLE, Gerhard. *Tratado de derecho penal international*. Valencia: Tirant to blanch, 2005.

ZAPPALÀ, Salvatore. *Human Rights in International Criminal Proceedings*. New York: Oxford University Press, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006 (no prelo).

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O último tango? In: SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum. 2009. cap. 4. p. 93-117.

ZIMMERMANN, Andreas. Superiors orders. In CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John (editors). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. (Vol. I B). New York: Oxford University Press, 2002 (reprinted 2009). p. 957- 974.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

JACOBS, D.; GAYNOR, F.; KLAMBERG, M.; TOCHILOVSKY, V.. *International Criminal Procedure Expert Framework: "Towards a Codification of General Rules and Principles of International Criminal Procedure"* (Amsterdam/ The Hague, October 2011). Disponível em: <http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_25062/#results>. Consulta: 15.11.2011.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Forgiveness and crimes against humanity: a dialogue between Hannah Arendt and Jacques Derrida, 2006. Disponível em: <hannaharendt.net>. Consulta: 03.12.2013.

HEMEROGRAFIA

Por um tratado sobre o comércio de armas. Antonio de Aguiar Patriota. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17.03.2013, p. A3

Uma onda de avanços. Ban Ki-Moon. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14.10.2013, p. A3