A Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores no Código Penal Internacional Alemão - VStGB

Celso Vieira de Souza

Número do aluno: 61890

Curso de Mestrado em Direito Penal e Ciências Criminais

Orientador:

Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes

Lisboa

2024

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, especialidade Direito Penal e Ciências Criminais, ano curricular 2022/2023, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL.

LISBOA

2024

Resumo

A presente dissertação examina tema relativamente novo no ordenamento jurídico internacional: a Responsabilidade de Comando (*Commander Responsibility*). Prevista inicialmente no Estatuto de Roma, diploma que entrou em vigor a partir de 2002, foi internalizada no ordenamento jurídico germânico, com a promulgação do Código Penal Internacional alemão, o *Völkerstrafgesetzbuch* (VStGB), vigente a partir de 2002. O instituto da Responsabilidade de Comando ainda é pouco explorado pela doutrina em razão da implementação recente desses diplomas, o que faz suscitar variadas discussões no cenário jurídico internacional. O trabalho também examina as questões da Jurisdição Universal, assunto intrinsicamente relacionado com a responsabilidade dos superiores, pois a persecução criminal de chefes militares e civis podem ser levadas tanto ao Tribunal Penal Internacional como aos tribunais de países terceiros. As inquietações (justificativa) que baseam a investigação são as seguintes: i) verificar como está definida a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores no Código Penal Internacional alemão e no Estatuto de Roma, analisando as diferenças normativas; ii) examinar possíveis avanços e/ou aprimoramento do tema na positivação do ordenamento alemão, em contraponto com o Estatuto do TPI; iii) analisar como os dois diplomas tratam da Jurisdição Universal nos casos da responsabilidade de comando. Para o desiderato da investigação, utilizamos metodologia baseada no exame de normas relacionadas ao tema, especialmente o Estatuto de Roma e o Código Penal Internacional alemão, pesquisa bibliográfica e exame de casos concretos (precedentes), a exemplo do *case Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, julgado pelo Tribunal Penal Internacional. O precedente *Bemba* é emblemático, pois o primeiro enfrentado pelas duas instâncias da Corte Penal Internacional, com enfoque na responsabilidade de comando. O tema é abrangente, motivo pelo qual não temos pretensão de esgotar a discussão; todavia, o debate é atual e pode delinear parâmetros para outros ordenamentos, como o brasileiro, que ainda não editou norma para internalizar e adequar o seu sistema penal nesse ponto. O atual cenário geopolítico mundial, que vivencia novos conflitos armados na Europa e Oriente Médio, também denota a importância do assunto. Uma observação de cariz terminológico: com o advento do Estatuto de Roma, a doutrina passou a utilizar a expressão responsabilidade do superior, a abranger tanto os chefes militares quanto civis. A pesquisa utiliza ambas terminologias como sinônimas, numa acepção geral do termo.

Palavras-chaves:

Direito Penal Internacional; Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional; Responsabilidade de Comando. Responsabilidade do Superior; Crimes de Guerra; Jurisdição Universal.

Abstract:

This dissertation examines a relatively new topic in the international legal system: Commander Responsibility. Initially provided for in the Rome Statute, a diploma that came into force in 2002, it was internalized in the German legal system, with the promulgation of the German International Penal Code, the Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), in force in 2002. The Institute of Responsibility for Command is still little explored by doctrine due to the recent implementation of these diplomas, which raises varied discussions in the international legal scenario. The work also examines issues of Universal Jurisdiction, a subject intrinsically related to the responsibility of superiors, as the criminal prosecution of military and civilian leaders can be taken both to the International Criminal Court and to the courts of third countries. The concerns (justification) that underlie the investigation are the following: i) verify how the responsibility of military leaders and other superiors is defined in the German International Penal Code and the Rome Statute, analyzing the normative differences; ii) examine possible advances and/or improvement of the topic in the positiveization of the German legal system, in contrast to the ICC Statute; iii) analyze how the two diplomas deal with Universal Jurisdiction in cases of command responsibility. For the purpose of the investigation, we used a methodology based on the examination of norms related to the topic, especially the Rome Statute and the German International Penal Code, bibliographical research and examination of concrete cases (precedents), such as the case Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, tried by the International Criminal Court. The Bemba precedent is emblematic, as it was the first faced by both instances of the International Criminal Court, focusing on command responsibility. The topic is comprehensive, which is why we do not intend to exhaust the discussion; however, the debate is current and can outline parameters for other legal systems, such as the Brazilian one, which has not yet published a standard to internalize and adapt its penal system on this point. The current global geopolitical scenario, which is experiencing new armed conflicts in Europe and the Middle East, also denotes the importance of the issue. An observation of a terminological nature: with the advent of the Rome Statute, the doctrine began to use the expression responsibility of the superior, covering both military and civilian leaders. The research uses both terminologies as synonyms, in a general sense of the term.

Keywords:

International Criminal Law; Rome Statute; International Criminal Court; Command Responsibility. Responsibility of the Superior; War Crimes; Universal Jurisdiction.

Siglas e abreviaturas

A., AA.	-	autor, autores
Alem.	-	Alemão
art., arts.	-	artigo, artigos
Az.	-	Aktenzeichen
BGH	-	Bundesgerichtshof
CDI	-	Comissão de Direito Internacional
cf.	-	confira, confronte
cit., cits.	-	citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
CSNU	-	Conselho de Segurança das Nações Unidas
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
DPI	-	Direito Penal Interncional
ER	-	Estatuto de Roma
ERTPI	-	Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional
e. g.	-	exempli gratia (por exemplo)
et al.	-	et alii (e outros)
FIDH	-	International Federation for Human Rights
GBA	-	Generalbundesanwalt
ICC	-	International Criminal Court
i. e.	-	id est (isto é)
ibid., ibidem	-	mesma obra e mesma página
JIT	-	Joint Investigation Team
MLC	-	Movimento de Libertação do Congo
n.º, n.os	-	número, números
OLG	-	Oberlandesgericht
ONU	-	Organização das ações Unidas
org.	-	organizador, organização
op. cit.	-	Obra citada
p., pp.	-	página, páginas
PACG I	-	Protocolo Adicional à Convenção de Genebra I
PACG II	-	Protocolo Adicional à Convenção de Genebra II
Port.	-	Português
RCA	-	República Centro Africana
RDC	-	República Democrática do Congo
reimp.	-	reimpressão
rev.	-	revisão, revista
ROA	-	*Revista da Ordem dos Advogados*
RPCC	-	*Revista Portuguesa de Ciência Criminal*
s., ss.	-	seguinte, seguintes
STF	-	Supremo Tribunal Federal
StGB	-	Strafgesetzbuch
séc.	-	século
TPI	-	Tribunal Penal Internacional
TPIJ	-	Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia
vols.	-	volume, volumes
VStGB	-	Völkerstrafgesetzbuch
ZBKV	-	Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen
ZIS	-	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

SUMÁRIO

I. Introdução 9

II. O TPI: As dificuldades para criação do primeiro Tribunal Penal Internacional permanente 11

III. Jurisdição universal e crimes internacionais 17

1. Origem da jurisdição universal 17

2. Âmbito de aplicação da jurisdição universal 19

3. Jurisdição universal e o princípio '*aut dedere aut judicare*' 20

4. Jurisdição universal e julgamento *in absentia* 239

5. O Estatuto de Roma do TPI e a jurisdição universal 24

IV. O Estatuto de Roma e a responsabilidade dos chefes militares e superiores ... 25

V. A responsabilidade dos chefes militares e superiores no Código Penal Internacional alemão (VStGB) 29

1. O Código Penal Internacional alemão (VStGB) 30

2. Especificidades do Código Penal Internacional alemão quanto à responsabilidade dos comandantes militares e outros superiores 32

VI. A Responsabilidade de Comando no Brasil 35

VII. A Responsabilidade de Comando em Portugal 39

VIII. Precedentes e atualidades da responsabilidade de comando 40

1. A responsabilidade de comando e o caso Bemba no TPI: da condenação à absolvição 41

1.1. Caso Bemba: novo paradigma de reexame no TPI 45

1.2. O elemento geográfico no caso Bemba: Remote Commander 50

1.3. Medidas necessárias e adequadas do superior (necessary and reasonable measures) 52

1.4. Responsabilidade de comando e causalidade no caso Bemba 55

1.5. Avanços e dificuldades no caso Bemba 59

2. O precedente *3 StR 564/19* do BGH: novo paradigma sobre ausência de imunidade de oficiais militares estrangeiros julgado na Alemanha 62

3. Jurisdição universal e crimes contra a humanidade: O caso de ex-militar da Síria julgado pelo Tribunal regional superior de Koblenz 64

4. O caso *Al Bashir* no TPI: imunidade dos chefes de Estados e cooperaçao com o TPI 69

IX. Os conflitos armados na Ucrânia e no Oriente Médio 76

1. O conflito na Ucrânia e a responsabilidade de comando 76

2. O conflito no Oriente Médio e a responsabilidade de comando 80

3. A controvérsia sobre as imunidades dos chefes de Estado em relação ao TPI 83

X. As agências de cooperação/investigação dos crimes de guerra na Alemanha e Europa 85

1. O Escritório central de combate aos crimes de guerra da Alemanha (ZBKV) 85

2. Eurojust: Equipe de Investigação Conjunta (JIT) de crimes de guerra na Ucrânia 88

3. O Centro internacional para a acusação do crime de agressão contra a Ucrânia (ICPA) 90

XI. Considerações Finais 93

Referências Bibliográficas 98

Anexo 103

I. Introdução

O Código Penal Internacional alemão (VStGB) resultou de uma opção do legislador germânico para internalizar as normas do Estatuto de Roma no seu ordenamento jurídico. A Alemanha optou por uma codificação específica e autônoma, ante a alternativa de inserir as normas no seu Código Penal comum (StGB). A implementação desse novo código foi necessária em razão de que os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma não tinham correspondência no Código Penal comum da Alemanha (crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão), a exceção do crime de genocídio, que já estava inserido no § 220a do StGB (versão antiga), decorrente das obrigações da Convenção sobre Genocídio, que o governo alemão já aderira anteriormente.[1]

Nesse sentido, a responsabilidade dos chefes militares e superiores também restou positivada no Código Penal Internacional alemão em razão da sua importância, mas foi inserida com algumas especificidades em relação ao previsto no Estatuto de Roma, conforme examinaremos mais à frente.

Antes de ser positivada no ordenamento jurídico alemão e no próprio Estatuto de Roma, a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores, também conhecida como Responsabilidade de Comando (*Commander Responsibility*), teve um histórico relativamente recente. Trata-se de categoria jurídica própria do direito internacional, com origem no direito humanitário e com aplicação nos conflitos armados internacionais e não internacionais, visando a responsabilização das violações do direito internacional[2].

A responsabilidade de comando teve importante marco no pós-segunda guerra mundial, com os julgamentos de *Nuremberg*[3] e *Tóquio*[4] e adoção, no ano de 1949, das

---

[1] AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*. 5. Auflage. C.H.BECK, 2018, p. 142.

[2] Brito, Wladimir *et al*. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: comentários. Direitos Humanos* - Centro de Investigação Interdisciplinar da Universidade do Minho, 2018, pp. 36-37.

[3] AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law, Vol. I: Foundations and General Part*: Oxford University Press, 2013, pp. 4-15, sobre a criação do Tribunal de Nuremberg em 1945 e do Tribunal Internacional para o Extremo Oriente, no ano de 1946.

[4] ÇAKMAK, Cenap. *A Brief History of Internacional Law and International Court*, New York: Palgrave Macmillan, 2017, pp. 52-61, sobre a criação do Tribunal de Nuremberg em 1945 e do Tribunal

quatro Convenções de Genebra e seus dois respectivos Protocolos Adicionais de 1977 (PACG I e PACG II), diplomas ainda vigentes no sistema de direito internacional[5].

O surgimento da responsabilidade de comando se confunde com os objetivos da criação do Tribunal Penal Internacional, quais sejam: necessidade da responsabilização jurídico-penal individual no âmbito internacional e construção de um sistema de direito penal internacional permanente[6]. Os artigos 86 e 87 do primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra - PACG-I foram as primeiras normas a tratar do instituto no direito internacional. Os tribunais internacionais *ad hoc* também previam a responsabilidade dos comandantes em seus respectivos estatutos, a exemplo do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia[7].

Em vista de que o direito penal internacional contempla institutos dos sistemas jurídicos diversos, originário do compromisso de variados estados e diferentes tradições de sistemas punitivos, isso resulta em dificuldades terminológicas tanto no direito positivo internacional quanto nas decisões do TPI, composto por juízes oriundos dos diversos países representativos desses sistemas[8].

Assim, o estudo busca examinar como está positivada a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores no Código Penal Internacional alemão, verificando as diferenças normativas do instituto em relação ao previsto no Estatuto de Roma. Para isso, a investigação passará previamente por análise da criação do Tribunal Penal Internacional, primeira Corte penal internacional permanente, cujo Estatuto implementou a responsabilidade de comando de forma definitiva. Também será examinado o tema da Jurisdição Universal, aasunto interligado com a responsabilizaçao

---

Internacional para o extremo Oriente, no ano de 1946.

[5] AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law, Vol. I: Foundations and General Part*: Oxford University Press, 2013, p. 11.

[6] BRITO, Wladimir *et al*. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: comentários. Direitos Humanos - Centro de Investigação Interdisciplinar da Universidade do Minho, 2018, pp. 1-2.

[7] A título exemplificativo, o Tribunal Internacional para a ex-Iuguslávia. "O TPIJ foi criado pelo Conselho de Segurança da ONU para o julgamento de pessoas responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário, cometidas o território da ex-Iugoslávia desde 1991", cf. JOANA Costa, *Joint Criminal Enterprise*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 9.

[8] ROSA PAIS, Ana Isabel. *O direito penal internacional e a responsabilidade dos superiores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 13.

de chefes militares e superiores, sobretudo em relação às questões das imunidades. Em seguida o estudo analisa as normas da responsabilidade de comando no Código Internacional alemão, fazendo contraponto com o Estatuto de Roma. Examinaremos também precedentes do tema, com olhos sobre a situação de crimes de guerra no atual conflito militar na Ucrânia. Ao término, teceremos considerações finais objetivando identificar elementos que possam servir de parâmetro para subsidiar a legislação de outros ordenamentos no tema, como o Brasil.

II. O TPI: As dificuldades para criação do primeiro Tribunal Penal Internacional permanente

A primeira iniciativa para criação de uma corte penal internacional foi decorrente da guerra franco-germânica de 1870. Esse foi um dos conflitos armados mais cruéis da história com diversas consequências, dentre elas a apresentação de um projeto na Conferência da Cruz Vermelha no ano de 1872, proposto pelo então presidente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, *Gustave Moynier*, para criação de um Tribunal Penal Internacional[9]. Essa foi a primeira iniciativa formal objetivando a criação de um órgão internacional permanente para julgar as violações do direito de guerra. Entretanto, esse projeto não chegou a ser concretizado, pois logo teve o início da Primeira Guerra Mundial, conflito que também terminou por impulsionar outras iniciativas para a concretização de um direito penal internacional.

Após a Primeira Guerra Mundial, foi realizada a Conferência de Paris[10], que criou uma Comissão para examinar os fatos puníveis cometidos durante o conflito. A Comissão concluiu que as violações ao direito de guerra deveriam ser levadas a um Tribunal Penal Internacional, entretanto houve vozes contrárias, como da delegação americana, que entendeu ser mais eficiente o julgamento dos criminosos por tribunais militares dos próprios estados partes, com base nos seus respectivos diplomas penais, com aplicação do direito penal militar doméstico.

No ano de 1919 foi estabelecido o Tratado de Paz de Versalhes, que indicou pela

[9] SCHABAS, William. *An Introduction to the ICC*. Cambridge University Press, 2004, p. 2.

[10] MACMILLAN, Margaret. *Paz em Paris, 1919: a Conferência de Paris e seu mister de encerrar a Grande Guerra*. RJ: Nova Fronteira, 2004.

primeira vez a previsão da criação de um Tribunal Penal Internacional. O tribunal seria composto de cinco juízes indicados pelos Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão, com aplicação dos princípios e leis do costume internacional. Ocorre que tal corte acabou por não ser implementada, tendo em vista que o principal julgamento seria do então Imperador alemão *Guilherme II*, que seria julgado pelas graves violações ocorridas no conflito. O Imperador alemão estava exilado nos Países Baixos, mas o país recusou a sua entrega para julgamento. Embora o Tratado de Versalhes também tenha concedido às Forças aliadas o direito de processar e julgar cidadãos alemães que cometeram violações e crimes graves, e poderia ser perante tribunais militares, isso também não ocorreu, pois esses crimes de guerra foram processados no antigo Tribunal de Leipzig (Processos de Leipzig[11]), com aplicação do direito penal alemão.

No período entre guerras, no ano de 1934, o rei de Marseille, *Alexander I* da Iugoslávia e o Ministro-presidente francês *Barthou* sofreram um atentado terrorista. Disso também resultou esforços em prol de um direito penal internacional e da consequente criação de um Tribunal Penal Internacional, com competência para julgamento de atos terroristas. Assim, no ano de 1937, em Genebra, a então Liga das Nações realizou uma conferência diplomática em que foram propostas duas convenções, a primeira para prevenção ao terrorismo (Convenção para a prevenção e punição do terrorismo), e a segunda para criação de uma corte internacional (Convenção para criação de um Tribunal Penal Internacional)[12]. A primeira convenção, para prevenção do terrorismo, foi ratificada pelos estados partes, mas a convenção para criação da corte

[11] Os julgamentos de crimes de guerra de *Leipzig* foram realizados em 1921 para julgar criminosos de guerra alemães da Primeira Guerra Mundial perante o *Reichsgericht* alemão (Supremo Tribunal) em Leipzig, como parte das penalidades impostas ao governo alemão sob o Tratado de Versalhes. A longo prazo, eles foram vistos por alguns como um passo significativo em direção à introdução de um sistema abrangente para o julgamento de violações do direito internacional. O termo "responsabilidade de comando" foi aplicado pela primeira vez no julgamento de Emil Müller, um capitão do Exército Imperial Alemão que foi condenado e sentenciado nos julgamentos de crimes de guerra de Leipzig em 1921. As acusações levantadas contra ele após o fim da Primeira Guerra Mundial incluíam a falha em manter uma condição decente do campo, o que levou a 500 mortes como resultado de disenteria , falha em prevenir a prática de crimes e punir os perpetradores dos mesmos e, bem como violência física dirigida aos prisioneiros. Cf. The Incorporated Council of Law Reporting for England & Wales. Disponível em: http:/www.lawreports.co.uk/Newsletter/OnlineArticles/LeipzigWarTrialsAug05.htm. Acesso em: 20/06/2023.

[12] SCHABAS, William. *An Introduction to the ICC*. Cambridge University Press, 2004, p. 4.

penal internacional novamente não teve a mesma sorte, em razão da conflagração da Segunda Guerra Mundial.

Depois do término da Segunda Guerra, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945. Em seguida foram aprovados dois importantes diplomas internacionais, a Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio[13], em 1948; e a Declaração Universal de Direitos Humanos[14], em 1948. Nesse caminho, a Comissão de Direito Internacional da ONU foi encarregada de elaborar um Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade[15] e um projeto de estatuto para um futuro tribunal penal internacional permanente[16].

O marco importante nesse contexto foi a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, após o término da Segunda Guerra. O Tribunal de Nuremberg foi criado pelos países vencedores do conflito (Estados Unidos, União Soviética, Reino Unido e França), no mês de agosto de 1945, com competência para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

O Tribunal para o Extremo Oriente foi criado no mês de setembro de 1945, com a aprovação dos países que atuaram no oriente durante a guerra, Austrália, Canadá, China, Nova Zelândia, União Soviética, Reino Unido, Estados Unidos, Índia e Filipinas. Enquanto o Tribunal de Nuremberg era formado por quatro juízes, oriundos dos países vencedores, o Tribunal de para o Extremo Oriente foi formado por onze magistrados, cada um nacional de um determinado país.[17]

Os julgamentos de Nuremberg se basearam sobretudo nas convenções de Haia (1899) e Genebra (1907) e no Pacto Briand-Kellog de 1928, com exame dos crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade. Com relação aos crimes contra a

---

[13] Resolução 260 A (III) da Assembleia Geral da ONU (9 de dezembro de 1948).

[14] Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU (10 de dezembro de 1948).

[15] Resolução 177 (II) da Assembleia Geral (21 de novembro de 1947).

[16] Resolução 260 (III) da Assembleia Geral (9 de dezembro de 1948), Parte B, "*Study by the International Law Commission of the Question of an International Criminal Jurisdiction*".

[17] AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law, Vol. I: Foundations and General Part*: Oxford University Press, 2013, pp. 4-15, sobre a criação do Tribunal de Nuremberg em 1945 e do Tribunal Internacional para o Extremo Oriente, no ano de 1946.

humanidade, sobretudo delitos cometidos nos campos de concentração nazistas, embora não tivesse tipificação anterior, o tribunal sustentou que havia precedentes que autorizavam o exame desses crimes e lhe davam legitimidade para julgá-los. No caso do holocausto, extermínio de judeus e outros grupos minoritários, o Tribunal de Nuremberg classificou tais atos como crimes contra a humanidade, em vista de que o crime de genocídio ainda não estava previsto em tratados ou convenções naquele momento. Somente em 1946 a ONU estabeleceu uma resolução que tratou o genocídio como crime contra a humanidade e propôs a aprovação de uma Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio.[18]

Em 1954, a Comissão de Direito Internacional da ONU buscou a aprovação de uma proposta de um Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, mas o projeto não avançou em razão da falta de consenso de muitos países membros quanto ao conceito do crime de agressão. Mais tarde, a definição do crime de agressão foi estabelecida pela ONU, no ano de 1974[19], mas apenas no ano de 1991 houve nova proposta para um Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade.[20]

Depois da Segunda Guerra o mundo restou dividido com a "guerra fria", polarização que dificultou avanços para implementação de qualquer estrutura internacional que tivesse caráter de tribunal permanente e supranacional para submeter a responsabilização criminal de pessoas fora dos seus territórios, prevalecendo nesse período forte viés *westfaliano* da soberania dos Estados. Naquele momento histórico, a ideia de um tribunal internacional para substituir a jurisdição doméstica não era concebível pela maioria dos Estados soberanos.

Com o fim da "guerra fria", sobrevieram os conflitos armados da década de 1990, com substancial incremento de violações de direitos humanos, resultando em novos apelos da comunidade internacional para implementação de um sistema internacional permanente para julgamentos dos crimes graves. Disso, resultou na criação, pela ONU, dos tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, organismos que também não foram suficientes para colocar freio nas contínuas

[18] Cf. United Nations. *United Nations Office on Genocide Prevention and The Responsibility to Protect*. Disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/genocide-convention.shtml. Acesso em: 15/03/2023.
[19] Cf. United Nations. Audiovisual Library of International Law. Disponível em: https://legal.un.org/avl/ha/da/da.html. Acesso em 15/04/2023.
[20] Cf. SCHABAS, William. *An Introduction to the ICC*. Cambridge University Press, 2004, p. 7.

violações e crimes de guerra, mas serviram como parâmetro importante para criação do Tribunal Penal Internacional.

Assim, somente no final da década de 90 (1988), o Estatuto de Roma foi aprovado, mas esse caminho precisou superar muitos desafios pela falta de consenso dos Estados, principalmente as grandes potências, com processo de negociação que necessitou sopesar os interesses dos Estados atinente as suas respectivas soberanias.

Um desses grandes desafios foi a questão da jurisdição do TPI, pois a maioria dos Estados partes resistiam à possibilidade de que seus nacionais fossem submetidos a um tribunal internacional, em detrimento das suas respectivas soberanias. Toda essa discussão margeava a questão do caráter complementar da jurisdição do TPI, ou princípio da complementaridade, que restou estabelecido no art. 17 do Estatuto de Roma, como um condição de admissibilidade dos casos. Então, para determinado caso ser submetido ao TPI, necessário demonstrar a indisponibilidade ou incapacidade (*unwillingness*) do país originário de realizar a investigação e julgamento do agente que cometa algum fato definido como crime no Estatuto.

Após a definição sobre o princípio da complementaridade, veio outro ponto que gerou controvérsia nas negociações, a questão do alcance da jurisdição do TPI, se universal ou limitada aos nacionais dos respectivos Estados partes. Durante a discussão do Estatuto em Roma, formou-se dois grupos, um lado favorável à implementação da jurisdição universal e outro grupo em defesa de uma jurisdição limitada. As cinco potências que integram o Conselho de Segurança da ONU, sobretudo Estados Unidos e China, defendiam uma jurisdição restrita, com submissão apenas dos nacionais do Estados partes do Estatuto.[21]

Os Estados que defendiam a jurisdição universal, como Alemanha, argumentavam que isso reforçaria a ideia de proteção dos direitos humanos, que deveria estar acima do postulado da soberania dos Estados, permitindo que o TPI pudesse julgar nacionais de qualquer Estado, ainda que não parte do Estatuto.[22]

---

[21] CASSESE, Antonio *et al*. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary (Volume I*). New York: Oxford University Press, 2002, p. 67.

[22] LEE, Roy S.. *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statue. Issues, Negotiations, Results*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 127.

As representações do Reino Unido, França e Estados Unidos defendiam propostas limitativas semelhantes, no sentido de uma jurisdição automática para os Estados partes, e exclusão dos Estados não partes, ressalvada a aceitação da jurisdição do TPI por Estado custodiante do investigado ou pelo Estado do território do local do fato. A delegação americana alegava preocupação caso o TPI exercesse uma jurisdição extraterritorial, sem o consentimento de Estados não partes do Estatuto, pois violaria o artigo 34 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que estabelece proibição de criar obrigações ou direitos a terceiros sem seu respectivo consentimento. Os americanos tinham receio de uma jurisdição ampla que pudesse atingir seus interesses com relação as operações militares em outros países, ao argumento de que seus nacionais deveriam se proteger de acusações que fossem motivadas politicamente. Desse modo, também apresentaram uma proposta para excluir a jurisdição do TPI sobre atos cometidos por nacionais que estivessem executando missões oficiais a serviço de seus respectivos países.

O impasse seguiu até a última semana da Conferência de Roma, e a possibilidade de adoção da jurisdição universal ampla não foi acordada. O consenso final foi no sentido de que haveria um período de carência de sete anos após entrada em vigor do Estatuto, para que o Estado parte manifestasse quanto à aceitação relativo aos crimes de guerra. Foi uma maneira de conciliar as propostas das potências como a França, que propunha uma jurisdição facultativa para os crimes de guerra. No redação final do artigo 12 do Estatuto de Roma, ficou estabelecida uma jurisdição automática com relação aos Estados partes do Estatuto e possibilidade do TPI exercer jurisdição com relação ao Estado onde ocorrer o fato ou em relação ao Estado de nacionalidade do acusado, se forem partes ou se aceitarem a jurisdição eventual (*ad hoc*).[23]

Desse modo, o artigo 12 (2) do Estatuto foi aprovado com a previsão de dois requisitos para a competência do TPI: que a nacionalidade do acusado ou o território onde cometido o crime sejam de Estados partes. Ou seja, apenas nacionais de Estados partes ou acusados que cometerem crimes em território desses Estados podem ser submetidos ao TPI, com uma derradeira possibilidade específica, se o CSNU provocar a jurisdição do TPI no caso de Estados não partes (artigo 13 b).

---

[23] CASSESE, Antonio *et al*. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary (Volume I*). New York: Oxford University Press, 2002, p. 136.

A caminhada para a criação e implementação de uma corte penal internacional permanente (2002), após a aprovação e vigência do Estatuto de Roma, teve esse histórico de grandes desafios e com negociações de caráter político e jurídico entre diversos Estados e interesses envolvidos. É certo que o Tribunal Penal Internacional ainda tem longo caminho a percorrer, no sentido de solidificar e se legitimar perante a comunidade internacional. Como visto, um dos maiores obstáculos enfrentado foi o alcance da jurisdição, que restou limitada, por isso importante mecanismos domésticos para complementar tal lacuna, e um instrumento crucial é o princípio da jurisdição universal, que pode ser aplicado pelos Estados, assunto que abordaremos com mais detalhes no próximo tópico.

III. Jurisdição universal e crimes internacionais

Tema intimamente relacionado aos crimes internacionais e consequentemente à responsabilidade de comando é a jurisdição universal, que examinaremos a partir da evolução no direito penal internacional.

1. Origem da jurisdição universal

O princípio da jurisdição universal teve origem no combate à pirataria, crime que normalmente ocorria em local onde não havia jurisdição de nenhum Estado e também por ser um delito de significativa gravidade no âmbito da comunidade internacional.[24] O combate aos graves crimes como a pirataria sempre foi visto na comunidade internacional como dever de proteção em razão da universalidade e unidade dos direitos dos homens, os quais seriam conquistados por meio de um direito internacional.[25]

O princípio da jurisdição universal remonta à *Hugo Grócio*, um dos primeiros

[24] O combate à pirataria foi objeto de várias normas internacionais foi objeto de várias outras normas internacionais elaboradas ao longo do século XX, como na Convenção de Genebra Sobre o Alto-mar (1958), na Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar (Convenção de Montego Bay, 1982).

[25] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *International Law for Humanking: Towards a New Jus Gentium.* Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 253.

juristas que defendia a jurisdição estendida além do território dos Estados nos casos de violações da lei natural (*jus gentium*).[26]

Mais recentemente, a partir da metade do século XX, o princípio da jurisdição universal foi utilizado em vários processos de crimes internacionais, como no julgamento do caso *Adolf Eichmann* por um tribunal do Estado de Israel.[27] Nesse julgamento, o tribunal rebateu as teses da defesa quanto à incompetência do Estado de Israel, com o fundamento de que a natureza dos crimes imputados no caso legitimavam a aplicação da jurisdição universal, em razão dos critérios da personalidade passiva e segurança nacional. O argumento da corte foi o de que não apenas judeus foram vitimados na situação, mas também outros grupo minoritários como ciganos, negros e cidadãos de outros Estados.[28]

O princípio da jurisdição universal também restou previsto na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade (1968), norma adotada pela Assembleia Geral da ONU, estabelecendo em seu preâmbulo que os crimes tratados na convenção seriam imprescritíveis e dever de serem universalmente combatidos.[29]

Outro importante caso em que reafirmado o princípio da jurisdição universal foi do ex-chefe de Estado chileno *Augusto Pinochet*, precedente em que foi examinada a questão das imunidades dos chefes de Estado. Na época, a Espanha tinha uma legislação que permitia o processamento e julgamento de crimes internacionais, mesmo cometidos fora do seu território, argumento que foi utilizado para requerer a extradição de *Pinochet*, que se encontrava no Reino Unido. Um dos fundamentos utilizados para negativa de extradição pelo governo britânico foi de que o acusado tinha imunidade de

---

[26] BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. *VJIL*, Vol. 42, 2001, p. 81.

[27] Eichmann, ex-oficial nazista, fugira para a Argentina após o fim da Segunda Guerra Mundial e lá permanecera escondido até 1960, quando foi raptado por forças israelenses e levado a julgamento em Israel. Sobre o caso: AMBOS, Kai *et al*. *Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois*, São Paulo: Marcial Pons, 2017.

[28] ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal*. 1ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 171.

[29] SHAW, Malcolm. *International Law*. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008 p. 660.

chefe de Estado quando cometera os delitos. Num recurso, a Câmara dos Lordes, instância superior no Reino Unido, decidiu que os chefes de Estado não detinham imunidade pelo crime de tortura, por não constituir ato oficiail de governo. Isso reforçou o entendimento de que a tortura constitui crime contra a humanidade e sua persecução criminal está sujeita ao princípio da jurisdição universal, baseada no direito internacional consuetudinário.[30]

Outra importante contribuição para incremento e solidificação do princípio da jurisdição universal foi o estudo produzido, no ano de 2011, por grupo de especialistas da Universidade de Princeton, denominado de *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*.[31] Esse estudo funciona como orientação para os ordenamentos domésticos no sentido de implementarem normas sobre a jurisdição universal, com fundamentos para a legitimação do princípio e indicativo dos tipos de crimes sujeitos à universalidade, além das possíveis incompatibilidades do princípio com anistias e imunidades, dentre outros aspectos inerentes ao tema.[32]

2. Âmbito de aplicação da jurisdição universal

Uma questão recorrente sobre a jurisdição universal é saber quais tipos de crimes estariam a ela sujeitos e, para isso, a doutrina utiliza como parâmetro o conceito de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*. Segundo a doutrina, norma de *jus cogens* é uma regra imperativa, cuja definição pode ser extraída da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, nos seguintes termos: "*norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, da qual nenhuma derrogação é*

---

[30] BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. *VJIL*, Vol. 42, 2001.

[31] REYDAMS, Luc. *Rise and Fall of Universal Jurisdiction*. Leuven Centre for Global Governance Studies: Working Paper n. *37*, 2010.

[32] MACEDO, Stephen *et al*. *Princeton Principles on Universal Jurisdiction.* Princeton: Princeton University, 2001.

permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de direito internacional geral da mesma natureza".[33]

Assim, o reconhecimento internacional quanto à gravidade de alguns crimes e sua reprovação na comunidade internacional possibilita a qualificação desses delitos como normas de *jus cogens*, traduzindo-se também em obrigações *erga omnes*, oriundas de fontes como o costume, convenções e tratados, e possibilitando a sua aplicação por qualquer Estado através do princípio da universalidade da jurisdição.[34]

Para Kai Ambos, uma delimitação objetiva para crimes sujeitos à universalidade de jurisdição pode ser associada com os crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (artigo 5º do Estatuto de Roma), por serem condutas positivadas e parte do direito internacional costumeiro, a exemplo do crime de genocídio (art. 6º), crimes contra a humanidade (art. 7º) e crimes de guerra (art. 8º). Para o autor, o Estatuto de Roma é um parâmetro importante porque inclui a tortura, execuções sumárias e o desaparecimento forçado de pessoas, que estão previstos nesse tratado, aceito e reconhecido por grande parcela da comunidade internacional (Estatuto de Roma), e por serem condutas com significativa gravidade que legitimam a aplicação da jurisdição universal para sua repressão.[35]

Nessa mesma direção, *Gerhard Werle* afirma que os chamados *core crimes* estão sujeitos ao princípio da jurisdição universal com base no direito costumeiro, incluindo-se o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, além dos crimes cometidos em conflitos de guerras civis.[36]

3. Jurisdição universal e o princípio '*aut dedere aut judicare'*

[33] Cf. ONU. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.* Viena, 1969.

[34] PASCULLI, Maria Antonella. *Una umanità una giustizia: contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale.* Milano: CEDAM, 2011.

[35] AMBOS, Kai. *Derecho y Proceso Penal Internacional: Ensayos críticos.* México: Fontamara, 2008.

[36] WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. The Hague: TMC Asser Press, 2005.

Um instrumento que funciona como base do postulado da jurisdição universal é o princípio *aut dedere aut judicare*, postulado que estabelece a obrigação do Estado que detém a custódia de acusado de crime internacional de extraditá-lo ou julgá-lo.

Tal princípio também remonta à *Hugo Grócio*, que na sua obra *De Iure Belli ac Pacis*, defendia que "*Quando interpelado, um Estado deve punir a pessoa culpada como esta merece, ou deve confiar esta tarefa à discricionariedade da parte que faz o apelo*"[37]. Na expressão originária do livro, a terminologia utilizada foi '*aut dedere aut punire*' (entregar ou punir), que pode ser atualizada para o presente como "entregar ou julgar", em razão da não presunção de culpa no moderno direito penal liberal.

O princípio *aut dedere aut judicare* é importante porque traduz um instrumento de cooperação entre Estados e ajuda colmatar situações de lacunas da jurisdição universal, por exemplo na questão da competência do Tribunal Penal Internacional, criticada por ter sido concebida de forma limitada no Estatuto de Roma.

Então, o princípio da obrigação de extraditar ou julgar, como norma de cooperação internacional também se mostra importante instrumento para o Tribunal Penal Internacional, pois possibilita uma aplicação indireta da jurisdição universal, no sentido de uma conexão entre o direito costumeiro (base da jurisdição universal pura) e o direito convencional (base do princípio *aut dedere aut judicare*).

Exemplo dessa relação podem ser visto na Convenção de Genebra de 1949, que estabelece uma forma de jurisdição universal entre as partes (Estados) em casos de graves violações: *As Altas Partes contratantes comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas necessárias para fixar as sanções penais próprias a aplicar às pessoas que tenham cometido ou dado ordem para cometer qualquer das infrações graves desta Convenção definidas no artigo seguinte. Cada Parte contratante terá obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem cometido ou mandado praticar qualquer destas infrações graves e deverá enviá-las aos seus próprios tribunais, qualquer que seja a sua nacionalidade. Poderá também, se o preferir, e segundo as condições previstas pela própria legislação, enviá-las para julgamento a uma Parte*

[37] ONU. *Final Report International Law Commission 66th session.* The Obligation to extradite or prosecute, 2014.

contratante interessada no processo, desde que esta Parte contratante tenha acumulado contra as referidas pessoas acusações suficientes.".[38]

A Comissão de Direito Internacional da ONU também utilizou do princípio *aud dedere aut judicare* no projeto do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1954, onde reafirmou a responsabilidade internacional penal dos autores dos '*core crimes'*.

Nesse caso, o Estado no qual um crime contra a paz ou contra a humanidade ou mesmo genocídio for cometido, obriga o país a julgar ou extraditar o arguido, denotando precedência da jurisdição universal em relação à outros critérios tradicionais como o da nacionalidade ou territorialidade.

Parte da doutrina entende que o princípio da obrigação de entregar e julgar não se traduz em obrigação derivada do direito costumeiro, como é o caso da jurisdição universal, e seria uma obrigação convencional entre Estados quando estabelecem tratados ou normas de cooperação. Essa visão é criticada, pois esse conceito limitado do princípio pode ser utilizado como escudo de refúgio para acusados de *core crimes* em Estados onde não há interesse na extradição ou julgamento de determinado acusado.[39]

Desse modo, para que o princípio da obrigação de entregar ou julgar possa ter alcance em toda comunidade internacional, importante interpretar o princípio como base do direito costumeiro, com dispensa de tratado ou acordo para obrigação de entrega ou julgamento, conforme indica o projeto do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade da ONU.

A aceitação da obrigação de extraditar ou julgar, ainda que progressiva e gradual, é essencial para o reconhecimento e aplicação da jurisdição universal, de modo que a combinação de fontes internacionais e nacionais tem como resultado um efeito

---

[38] As Convenções de Genebra são um conjunto de 4 tratados e 3 protocolos adicionais que estabelecem as normas básicas de Direito Humanitário (Direito de Genebra), visando à proteção daqueles que não estão diretamente envolvidos no conflito (civis, médicos e correspondentes de guerra), bem como daqueles que já não estão mais envolvidos (militares feridos, doentes, náufragos, prisioneiros de guerra...). ICRC. *Geneva Conventions and Additional Protocols*. Disponível em: https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions. Acesso em 15/12/2023.

[39] Cf. SILVA BARROS, Tomás Soares da. *Fundamento e Alcance do Princípio da Jurisdição Universal*, Un. Coimbra, 2016.

cumulativo para assegurar a aplicação desse princípio aos *core crimes* com base no direito costumeiro.[40]

4. Jurisdição universal e julgamento *in absentia*

Outra questão relevante na jurisdição universal é sobre a necessidade de presença do acusado no território do Estado que conduz o processo e faz o julgamento. A presença do acusado no território do Estado que pretende julgá-lo, com base no princípio da jurisdição universal, é condição na grande maioria dos países. Esse requisito é importante tanto para evitar conflitos positivos de jurisdição sobre determinado caso, como para resguardar o princípio da soberania dos Estados envolvidos.

A doutrina chama de jurisdição universal condicionada os casos em que é exigida a presença do acusado (julgamento em presença), e incondicionada quando o Estado estabelece sua jurisdição a um acusado independente da presença no território (*in absentia*).

Além da presença do acusado, a doutrina elenca outros requisitos para a jurisdição universal condicionada, como por exemplo, necessidade do acusado ou vítima ser residente do país. Aqui podemos citar o precedente *Jorgic*, em que o Tribunal Constitucional Federal alemão examinou o genocídio na ex-Iugoslávia, na qual a corte decidiu ser suficiente para julgar o caso o fato do acusado ter residência na Alemanha por mais de dez anos.[41]

Mas o requisito da nacionalidade ou residência do acusado ou vítima recebe críticas por limitar o princípio da jurisdição universal, cuja concepção principal é a proteção de toda comunidade internacional e não apenas de determinado Estado ou região.

---

[40] BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. *VJIL*, Vol. 42, 2001.

[41] SLAUGHTER, Anne-Marie. Definig the Limits: Universal Jurisdiction and National Courts *in: Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004, p. 170.

Recentemente, muitos Estados tem ajustado suas legislações no sentido de aplicar apenas a jurisdição universal condicionada, no ponto da presença do acusado, pois a aplicação elastecida do instituto (*in absentia*) pode causar temor nos diversos Estados, dificultando ou criando resistência para a aplicação da jurisdição universal.[42]

Ou seja, a aceitação da jurisdição universal *in absentia*, sem a presença do acusado, tem reflexo nas relações diplomáticas e por vezes dificulta a cooperação internacional. Por outro lado, pode ocorrer casos em que determinado acusado se encontre num Estado em que não há esforço ou interesse político para entrega ou julgamento, denotando uma situação de impunidade, o que justificaria a aplicação da jurisdição universal *in absentia*. Nesses casos, importante a obrigatoriedade dos Estados em extraditar ou julgar um investigado no seu território quando acusado de cometer um *core crime*. Ou seja, nessas situações, o Estado não apenas pode, mas deve julgar os *core crimes* cometidos em seu território.

5. O Estatuto de Roma do TPI e a jurisdição universal

No caso da jurisdição e competência do TPI, conforme mencionado, desde as discussões do Estatuto de Roma se observou um embate difícil entre o equilíbrio de propostas que direcionavam para uma efetividade maior da corte, visando albergar o máximo dos crimes internacionais, e do outro lado, as limitações quanto às soberanias dos Estados que discutiam a sua implementação.

Nesse quadro, podemos dizer que a Alemanha foi pioneira e uma das delegações que apresentou uma proposta considerada mais ampla em termos de efetividade para a jurisdição do TPI. A Alemanha propôs jurisdição universal ampla, em que o Tribunal poderia julgar os crimes internacionais independentemente do local dos fatos, do território ou nacionalidade do acusado ou das vítimas, ainda que os Estados envolvidos não fossem signatários do tratado de criação da corte.

Mas a proposta alemã não contou com apoio da maioria dos Estados partes, e acabou prevalecendo uma proposta limitada, visando conciliar os interesses da maioria

---

[42] CASSESE, Antonio. *Is the bell tolling for universality question?* A plea for a sensible notion of universal jurisdiction *in: Journal of International Criminal Justice - JICJ 1*, 2003, p. 590.

dos Estados signatários. Tal proposta consubstanciou-se na previsão do art. 12 do Estatuto de Roma, com a competência do TPI a vigorar para crimes cometidos no território de um Estado Parte ou por um nacional de um desses Estados partes ou ainda para Estado não parte que aceitar a jurisdição do TPI, ou ainda quando houver uma solicitação do Conselho de Segurança da ONU.

Por outro lado, consoante afirmado, a jurisdição do TPI é complementar, ou seja, os tribunais nacionais não ficam impedidos de examinar inicialmente os casos de crimes internacionais, ao contrário, os tribunais domésticos devem prioritariamente processar e julgar os casos ocorridos no seu território. A competência do TPI é acionada nos casos em que os Estados partes demonstrem falta de interesse ou incapacidade para efetivar a persecução criminal.

Desse modo, pode se dizer que a jurisdição universal ampla do TPI está prevista apenas na situação do art. 13 (b) do Estatuto de Roma, nos casos de ameaça à paz relatada pelo Conselho de Segurança (CS) da ONU (conforme artigo 37 da Carta da ONU).[43]

IV. O Estatuto de Roma e a responsabilidade dos chefes militares e superiores

Conforme previsto no art. 28 do Estatuto de Roma, a responsabilidade do comandante (*command responsibility*) pressupõe que o agente tenha posição elevada dentro do poder militar de determinada Força Armada[44]. A jurisprudência dos tribunais de *Nuremberg* e *Tóquio* (pós-Segunda Guerra Mundial) evidenciou a responsabilidade do comandante como instituto em que a punibilidade se configura por omissão, numa relação de proteção de vigilância. O agente é punível em caso de omissão quanto aos deveres que a norma lhe impõe ou exige[45].

---

[43] Nesse sentido, BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. *VJIL*, Vol. 42, 2001.

[44] Ambos, Kai. *A parte geral do direito penal internacional,* São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 96.

[45] ROSA PAIS, Ana Isabel. *O direito penal internacional e a responsabilidade dos superiores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 102.

Antes da consolidação e vigência do Estatuto de Roma, a responsabilidade do superior hierárquico era denominada pela doutrina como responsabilidade do comandante *(commander responsibility*), reconhecida pelo costume internacional (direito consuetudinário) e aplicável aos conflitos armados internacionais e não internacionais[46]. Mas foi o art. 28 do ER que estabeleceu requisitos mais detalhados da responsabilidade de comando, nos moldes em que atualmente aplicada no TPI. Com o Estatuto de Roma veio também a extensão da responsabilidade para os superiores não militares e a doutrina passou a usar a terminologia responsabilidade do superior (*superior responsibility*), mais abrangente, visando contemplar tanto arguidos militares como civis.

Como dito, a configuração da responsabilidade de comando se dá por omissão, podendo o chefe responder pelos atos dos subordinados (crimes base), caso não adote medidas necessárias e razoáveis para prevenir ou reprimir as condutas dos subordinados. É um tipo de omissão *sui generis*, previsão peculiar do Estatuto de Roma.[47]

Na jurisprudência do tribunal de *Nuremberg* prevaleceu o entendimento de que essa responsabilidade seria limitada ao "líder", pois em relação aos meros executores, a exemplo de oficiais auxiliares sem poder de decisão, a responsabilidade de comando não restaria configurada.[48] Ou seja, *Nuremberg* limitou a responsabilidade do superior pelos atos praticados pelos oficiais de nível de comando, e isentou a responsabilidade dos membros militares auxiliares. Exigia-se que o agente fosse um membro que fizesse parte do nível político (*policy level*), limitação também observada nas decisões do tribunal de *Tóquio*, que restringiu a responsabilidade aos membros do gabinete, ou seja, nível mais alto. Em razão da grande diversidade de estrutura das Forças Armadas dos Estados soberanos, a jurisprudência internacional não estabeleceu um nível hierárquico

---

[46] AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional,* São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 340.

[47] AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional,* São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 340.

[48] DOUGLASS, John Jay. *High Command Case: A Study in Staff and Command Responsibility.International Lawyer* (1972), p. 686-705. Disponível em: https://scholar.smu.edu/til/vol6/iss4/3. Acesso em: 20/05/2023.

exato ou fixo que o superior deva pertencer, embora exija ser do nível de condução e decisão[49].

Por outro lado, o 1º. Protocolo Adicional às Convenções de Genebra - PACG I, no seu art. 87º (1), avançou para um conceito mais amplo nesse ponto, indicando que não só superiores formalmente em nível de condução podem ser responsabilizados, mas todos que exercem poder de fato.[50] Também o art. 6º do *Draft Code* de 1996 da CDI da ONU se referiu à responsabilidade de todos superiores, no plural. Essa diretriz mais elástica acabou influenciando a redação do art. 28º do ER, que permite a responsabilização tanto do chefe formalmente constituído quanto da pessoa que exerça um de poder de fato sobre determinada força armada.[51] Assim, para o Estatuto de Roma, o importante é que o superior possua poder de comando (*command*). Com relação ao superior não militar, o art. 28 do ER elenca um requisito de "autoridade e controle" (*authority and control*), com a terminologia "*responsabilidade dos chefes e outros superiores*". [52]

Nesse sentido, importante é que o superior tenha poder de comando fático sobre os subordinados, independentemente da tipologia formal desse poder[53]. No caso do superior não militar, o conceito de controle efetivo exige maior atenção para que fique configurado, pois nas hierarquias civis esse controle é menos rígido, o que exige prudência no exame de cada caso.[54]

O artigo 28º do ER estabelece que o superior deve adotar as medidas para

---

[49] AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional,* São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 340.

[50] Cf. AMBOS, Kai. *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*. Beck, Hart & Nomos, 2022.

[51] Cf. também BURGHARDT, Boris. *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, Eine Untersuchung zur Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda.* Berliner Juristische Universitätsschriften, Band 32, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2008, p. 174.

[52] BANTEKAS, Ilias. *The Contemporary Law of Superior Responsibility*. AJIL 93, 1999, p. 573-595. Disponível em: https://www.academia.edu/12935909/The_Contemporary_Law_of_Superior_Responsibility. Acesso em: 14/04/2023 .

[53] AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional,* São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 350.

[54] AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional,* São Paulo: Ed. RT, 2008, pp. 340-350.

"prevenir" ou *"reprimir"* a prática dos crimes ou para *"levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes para os efeitos de sua investigação e acusação"*. Assim, o superior deve agir para reprimir a prática de crime dos subordinados quando o ato se encontre ainda na etapa de execução, ou para prevenir, na fase de preparação. A reação posterior está no dever de levar o caso às autoridades competentes.

Importa dizer que o superior, formal ou de fato, precisa ter competência legal e possibilidade material de prevenir ou reprimir a prática dos crimes, pois dele somente se espera contramedidas materialmente possíveis. Essas contramedidas também dependem da posição que esse superior ocupa na estrutura de comando, de acordo com cada caso concreto.[55]

Quanto à análise subjetiva do ilícito (*mens rea*), a norma pode ser dividida nos três pressupostos exigidos no art. 28º do ER. O primeiro requisito, *"tinha conhecimento dos crimes",* é aplicável aos chefes militares e não militares, o segundo - *"deveria ter tido conhecimento dos crimes* - é aplicável apenas aos chefes militares, e o terceiro - *"deliberadamente ter desconsiderado informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer crimes"* - é aplicável apenas ao chefe não militar.

O primeiro pressuposto, "*teve conhecimento*", denota que o superior pode ser punido se teve conhecimento que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer crimes (art. 28º, 'a', 'i' e 'b', 'i'). Aqui, exige-se prova de que o superior tinha consciência de que os subordinados estavam a cometer ou na iminência de cometer delitos de competência do TPI. Trata-se de conduta dolosa, em que o superior conhece as circunstâncias do tipo objetivo e se omite. As maiores dificuldades deste pressuposto são quanto aos meios de prova, porque o estado de consciência do superior, de que teve efetivo conhecimento, não pode ser apenas presumido[56].

Quanto ao segundo pressuposto subjetivo, *"deveria ter tido conhecimento"*, norma aplicável somente ao superior militar, indica exigência maior de controle do

[55] AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional*, São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 367.

[56] ROSA PAIS, Ana Isabel. *O direito penal internacional e a responsabilidade dos superiores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 146-147.

superior, em razão da própria estrutura hierárquica militar, mais vocacionada para as relações de poder na respectiva cadeia de comando. Assim, o art. 28º, alínea "a", "i", estabelece a responsabilidade do superior militar nos casos em que, mesmo não tendo conhecimento que o subordinado estaria a cometer crimes, incorre em falha pela falta de controle da situação, denotando uma conduta negligente. Nesse caso, a ausência de controle pelo superior viola a norma, considerada a posição do comandante militar, que tem o dever de supervisão dos subordinados como obrigação, a caracterizar um crime culposo[57].

O último pressuposto, *"deliberadamente ter desconsiderado informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer crimes"*, aplicável ao superior não militar, pode contemplar dúvidas se deve ser inserido no campo do dolo eventual ou da negligência consciente.[58] A doutrina classifica esse requisito subjetivo como uma figura mais próxima da negligência consciente. Ou seja, o superior é responsabilizado se houver prova de que os subordinados cometiam ou se preparavam para cometer crimes e ainda assim, com a informação disponível, não leva em consideração a situação, incidindo responsabilidade pelos delitos.[59]

V. A responsabilidade dos chefes militares e superiores no Código Penal Internacional alemão (VStGB)

Desde a adesão da Alemanha ao Estatuto de Roma, em 9 de dezembro de 1988, o governo alemão já pensava em compor um grupo de especialistas para elaborar projeto de lei para regulamentação interna do Estatuto do TPI e adaptação do direito penal alemão com as novas normas.[60]

De fato, a Alemanha foi um dos primeiros países a ratificar o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em 11 de dezembro de 2000, e já no mês de maio de 2001

---

[57] ROSA PAIS, Ana Isabel. *O direito penal internacional e a responsabilidade dos superiores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 148-149.

[59] ROSA PAIS, Ana Isabel. *O direito penal internacional e a responsabilidade dos superiores*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 151-152.

[60] WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Das Völkerstrafgesetzbuch*, in JZ. 2002, Nr. 15/16, p. 725.

foi apresentado, por um grupo de estudiosos, o projeto para uma Lei de Introdução ao Código Penal Internacional (*Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Völkerstrafgesetzbuches*).[61] Em 30 de junho de 2002, um dia antes do início da vigência do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o Código Penal Internacional alemão (*Völkerstrafgesetzbuch*) entrou em vigor no ordenamento germânico. Ou seja, foi um trabalho pioneiro e rápido na implementação da nova lei, a denotar a importância do assunto para a Alemanha.

1. O Código Penal Internacional alemão (VStGB)

De forma semelhante aos códigos penais comuns, o Código Penal Internacional alemão está dividido em duas partes. Na primeira, que pode ser vista como uma parte geral, há previsão dos princípios e regras gerais, que são as normas dos §§ 1 a 5 do código. Nessa parte, é estabelecida regra definindo a aplicação das normas do direito penal comum naquilo em que não contrariar as normas especiais (§ 2º).[62] Ou seja, o Código Penal Internacional alemão foi concebido de forma que os preceitos gerais do direito penal doméstico possam ser aplicados subsidiariamente, evitando assim dificuldades e possíveis incompatibilidades dogmáticas entre os dois diplomas. Dessa forma, institutos jurídicos como legítima defesa, estado de necessidade, erro, dolo, entre outros, são aplicados aos crimes internacionais da mesma forma que os crimes internos.[63] Todavia, o Código Penal Internacional alemão estabeleceu regras especiais na sua parte geral, como a responsabilidade dos comandantes militares e superiores (§ 4º), a questão da atuação sob a ordem de outrem (§ 3º) e a previsão de imprescritibilidade (§ 5º).[64]

---

[61] DEUTSCHER BUNDESTAG, 14. Wahlperiode, *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches* Drucksache 14/8524, 2002. Disponível em: https://dserver.bundestag.de/btd/14/085/1408524.pdf. Acesso em: 10/12/2023.

[62] Cf. WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Das Völkerstrafgesetzbuch*, in JZ. 2002, Nr. 15/16.

[63] EPIK, Aziz. *Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch*. 1. Auflage; Mohr Siebeck, 2017, p. 80.

[64] Cf. AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*. 5. Auflage. C.H.BECK: 2018, p. 142.

Na segunda parte do Código Penal Internacional foram dispostos os crimes internacionais em espécie (§§ 6 a 14). No § 6º do Código Penal Internacional está previsto o crime de genocídio (*Völkermordes*), que compreende as condutas perpetradas com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, racial, religioso ou étnico.[65]

No § 7º do Código Penal Internacional estão previstos os crimes contra a humanidade (*Verbrechen gegen die Menschlichkeit*), cujos atos são praticados em um ataque generalizado ou sistemático contra população civil. São elencados nesse contexto o homicídio, extermínio, escravidão, tortura, violação sexual, manter uma pessoa desaparecida com uso da força, causar danos físicos ou psíquicos graves, privação de liberdade e perseguição.

Nos §§ 8 a 12, que integram a Seção 2 da parte especial do Código Penal Internacional, estão previstos os crimes de guerra (*kriegsverbrechen*). São os atos criminosos perpetrados tanto nos conflitos armados internacionais como não-internacionais. O critério de estruturação desses cinco parágrafos não foi o caráter ou o tipo de conflito armado, se internacional ou interno, mas sim o tipo de bem jurídico protegido, como a proteção às pessoas e outros bens (§§ 8 a 10, norams oriundas do Direito de Genebra) e de outro lado a limitação do emprego de métodos e meios de condução da guerra em si (§§ 11 e 12, referente ao Direito de Haia).[66]

O § 13 do Código Penal Internacional foi alterado no ano de 2016, para a nova previsão do crime de agressão (*Verbrechen der Aggression*). O crime de agressão não foi previsto inicialmente no Estatuto de Roma, de modo que também o Código Penal Internacional alemão não contemplou esse crime internacional, embora o art. 26 da Lei

---

[65] WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Völkerstrafrecht*, 5. Auflage; Mohr Siebeck, 2020, p. 690.

[66] O direito internacional humanitário é uma ramificação do direito internacional público - aplicável em conflito armado - e é destinado a assegurar o respeito pelos seres humanos à medida que este seja compatível com os requisitos militares e a ordem pública, e atenuar os sofrimentos causados pelas hostilidades. O direito internacional humanitário é dividido em duas categorias: o Direito de Genebra e o Direito de Haia. O direito de Genebra trata da proteção das vítimas de guerra, sejam elas militares ou civis, na água ou em terra. Protege todas as pessoas fora de combate, isto é, que não participam ou não estão mais participando nas hostilidades: os feridos, os doentes, os náufragos e os prisioneiros de guerra. Por outro lado, o direito de Haia preocupa-se mais com a regulamentação dos métodos e meios de combate, e concentra-se na condução das operações militares. O direito de Haia é, portanto, de interesse fundamental ao comandante militar em terra, mar e ar. Cf. WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Völkerstrafrecht*, 5. Auflage; Mohr Siebeck, 2020.

Básica da Alemanha (*Grundgeset*) já tivesse previsão quanto ao apenamento em tais delitos (guerra de agressão). O crime de agressão somente foi definido para inserção no Estatuto de Roma em 2010, na Conferência de revisão realizada em Kampala (Uganda). Nessa Conferência, foram aprovadas emendas ao Estatuto de Roma, as quais definiram o conceito do crime de agressão e estabeleceram regras para que o TPI possa exercer sua jurisdição em relação à esse grave delito.[67]

Os §§ 14 e 15, na Seção 4 do Código Penal Internacional, são os tipos penais atinentes à responsabilidade dos comandantes e outros superiores por falha de supervisão, correspondentes (em parte) ao art. 28 do Estatuto de Roma. O § 14 regula a violação quanto ao dever de supervisão do superior em relação ao subordinado *(Verletzung der Aufsichtspflicht*), tanto do chefe militar como não militar.

No § 15 temos a previsão da conduta tipificada como crime quando um superior deixa de denunciar um crime do subordinado (*Unterlassen der Meldung einer Straftat*), conduta também prevista no art. 28 do Estatuto de Roma.

2. Especificidades do Código Penal Internacional alemão quanto à responsabilidade dos comandantes militares e outros superiores

Nos crimes de guerra geralmente as violações e os atos são praticados por militares ou civis subordinados a pessoas que ocupam posições de liderança, normalmente ligadas a organizações controladas por uma estrutura de disciplina rigorosa, por isso a previsão da responsabilidade dos chefes militares e superiores pelos atos dos seus subordinados. No Estatuto de Roma, a responsabilidade dos superiores está assim prevista[68]:

> *"Art. 28 - Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos*
>
> *Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:*

[67] ESSER, Robert. *Europä isches und Internationales Strafrecht*, 2. Auflag, C.H.BECK, 2018, p 423.

[68] ESTATUTO de Roma. *Tradução para o português anexa ao Decreto-Lei 4388/2002. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 10/12/2023.

> *1) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:*
>
> *a) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e*
>
> *b) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.*
>
> *2) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:*
>
> *a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;*
>
> *b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e*
>
> *c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal."*

Os preceitos contidos no art. 28 do Estatuto de Roma têm sido criticados em alguns aspectos. Primeiro, em razão da ausência da previsão explícita da posição de garante dos superiores para serem responsabilizados pelos atos criminosos dos subordinados (como nos crimes comissivos por omissão). Outro ponto criticável é que o Estatuto de Roma não previu um tipo (crime) específico para condutas meramente omissivas (omissão própria) dos superiores, independentemente dos atos cometidos pelos subordinados, o que seria mais apropriado para algumas situações em que haja mera falha na supervisão (*Verletzung der Aufsichtspflicht*).[69]

[69] WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Völkerstrafrecht*, 5. Auflage; Mohr Siebeck, 2020, p. 690.

Nesses aspectos, o Código Penal Internacional alemão avançou e estabeleceu as normas da responsabilidade de comando por meio de dois preceitos normativos separados, um na parte geral (§ 4, *Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber und anderer Vorgesetzter*) e outro na parte especial (§§ 14 e 15, *Verletzung der Aufsichtspflicht und Unterlassen der Meldung einer Straftat*).

Na parte geral, o § 4 do Código Penal Internacional (VStGB) estabeleceu uma norma inerente à posição de garante para quem exerce uma função de chefia ou comando, que estabelece expressamente que o superior será responsabilizado como autor pelo ato cometido pelo subordinado quando esse superior não impedí-lo da pratica de ato previsto como crime no Código. Esse dispositivo estabelece a punição do superior de maneira semelhante à posição de garante, com o superior responsabilizado pelos mesmos crimes cometidos pelos subordinados.

Já na parte especial do Código Penal Internacional (VStGB), há a previsão da violação do dever de fiscalização do chefe militar ou superior (§ 14) ou a violação do superior que deixar de denunciar um crime do subordinado (§ 15). Aqui, um comandante militar ou superior que, intencionalmente ou por negligência, deixar de supervisionar adequadamente um subordinado sob seu comando (no caso do militar) ou sujeito à sua autoridade (no caso do civil)[70] poderá ser punido se o subordinado cometer um ato previsto como crime no Código Penal Internacional.

Fazendo um comparativo entre o Código alemão e o Estatuto de Roma nesse ponto, verifica-se que o art. 28 do Estatuto de Roma estabeleceu uma regra única para responsabilidade dos superiores pelos crimes dos subordinados, se não impedirem esses atos ou se não denunciarem os subordinados às autoridades competentes para promover a persecução penal, ainda que haja mera falha de supervisão, não havendo diferenciação do patamar de penas (preceito secundário da norma penal) para condutas menos graves, como fez o código internacional alemão nos seus §§ 14 e 15, que estabeleceu reprimendas mais brandas (3 a 5 anos de prisão).

Ou seja, no caso do VStGB, o diploma alemão trouxe uma regra específica na sua parte geral (§ 4.1), que prevê que o superior poderá ser punido como autor quando ele saiba do cometimento do fato punível por um subordinado e não impeça de

[70] KARSTEN, Nora. *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit Des Nicht-militarischen Vorgesetzten: Eine Rechtsvergleichende Untersuchung Zu Artikel 28 Istgh-statut*. Duncker Humblot, 2010.

consumar o crime. É uma norma que prevê a punição a título de omissão imprópria, regulada também pelo § 13 do Código Penal alemão (StGB) para os crimes comuns, sendo que no caso da previsão do VStGB não há possibilidade de redução da pena, pois inaplicável a regra de diminuição prevista no Código Penal comum alemão (parte final do § 4.1 do VStGB, que remete ao StGB, § 13.2).

Assim, diferentemente do Estatuto de Roma e com solução mais apropriada, o Código Penal Internacional alemão criou um tipo autônomo para punição dos superiores quando esses falharem apenas no seu dever de supervisão, sem adesão à conduta criminosa dos subordinados (§§ 14 e 15). Isso possibilita que seja imputado aos comandantes não somente crimes do direito internacional, mas também um tipo específico para condutas menos graves (mera violação do dever de supervisão), com pena proporcionalmente inferior. Ou seja, nessa situação o injusto do superior se vincula apenas com a violação do dever de vigilância, com menor gravidade do que o crime eventualmente cometido pelo subordinado, solução mais condizente com o princípio da culpabilidade vigente no direito alemão e nos países contine ntais.

VI. A Responsabilidade de Comando no Brasil

A Constituição brasileira estabelece no seu artigo 5º, § 4º, a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a qual tenha aderido. Em 7 de fevereiro de 2000 houve a assinatura da adesão brasileira ao Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, com a posterior ratificação e vigência por meio do Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002.[71]

Todavia, ao contrário da Alemanha, o Brasil ainda não aprovou lei ou norma que internalize os crimes previstos no Estatuto de Roma no seu ordenamento. Dentre os crimes de competência do TPI, somente o genocídio encontra tipificação penal no ordenamento brasileiro, por meio da Lei 2.889/56.[72]

---

[71] Decreto nº. 4.388, de 25 de setembro de 2002. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 10/11/2023.

[72] Lei nº. 2.889, de 1 de Outubro de 1956. *Define e pune o crime de genocídio*. Disponível em:

Está em tramitação no parlamento brasileiro, há mais de quinze anos, o Projeto de Lei nº 4.038/2008[73] (apensado ao anterior Projeto de Lei nº 301/2007), que dispõe o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, além de dispor sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Ou seja, até o momento, não temos previsão jurídico-normativa de criminalização, investigação, persecução, julgamento e aplicação de penas referentes aos crimes sob jurisdição do TPI.

Especificamente em relação a responsabilidade de comando, é preciso observar que no Brasil há um ramo específico da Justiça (Justiça militar) para julgamento de crimes militares, com uma norma penal própria. Ou seja, no Brasil há um Código Penal militar[74], utilizado pela Justiça militar, ramo integrante do poder judiciário, e há também um Código Penal comum, utilizado pela justiça comum. Desse modo, há necessidade de previsão da aplicação dos crimes do Estatuto de Roma com lentes tanto no Código Penal Militar, para os crimes militares, quanto para os crimes comuns, estes últimos com aplicação do Código Penal comum[75]. Nesse sentido, o Projeto de Lei 4.038/2008 prevê normas para adequar a legislação penal comum e militar em relação ao Estatuto de Roma.

O projeto de implementação (Projeto de Lei 4.038/2008), em tramitação no Congresso Nacional, pretendeu ser o mais fiel possível ao conteúdo do tratado e optou por repetir a redação de muitas normas do Estatuto de Roma. Inovou, porém, ao prever

---

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm. Acesso em: 10/11/2023.

[73] Projeto de Lei nº. 4038/2008. *Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências.* Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747. Acesso em: 09/11/2023.

[74] DECRETO-LEI nº. 1.001, de 21 de Outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 12/11/2023.

[75] DECRETO-LEI nº. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12/11/2023.

na sua parte geral, no artigo 7º, inciso I, uma norma caracterizando a posição de garante do superior ou agente que, em razão de especial condição, podia e devia impedir o resultado criminoso, aí abrangendo o chefe militar e outros superiores. Essa proposição está assim redigida:

> *"Art. 7º. Sem prejuízo de outros fatores determinantes de responsabilidade penal, responde ainda pelos crimes previstos nesta lei:*
>
> *I. quem, por força de ofício, cargo ou função, oficial ou não, devia e podia evitar sua prática e omitiu-se deliberadamente quando lhe era possível impedi-lo ou fazê-lo cessar a tempo de evitar a ameaça ou o dano.*
>
> *II. o comandante militar ou a pessoa que atue efetivamente como comandante militar, pelo crime cometido por agente sob o seu comando e controle efetivo, ou sob sua autoridade e controle efetivo, dependendo do caso, por não ter exercido apropriadamente o controle sobre esse agente, quando:*
>
> *a) sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que os agentes estavam cometendo ou pretendiam cometer tal crime; e*
>
> *b) não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução."*

Essa proposta pode ser uma alternativa para contornar a lacuna da ausência da previsão da posição de garante dos superiores no art. 28 do Estatuto de Roma, lacuna que foi suprida pelo Código Penal Internacional alemão (VStGB). Com a fórmula proposta, o comandante ou qualquer outra pessoa com dever jurídico de impedir o resultado, poderá sere punido como autor e com a mesma reprimenda do subordinado, desde que tenha aderido ao comportamento criminoso dos subordinados. Nessa hipótese, a punição similar do executor do crime de guerra se justifica, pois configura codelinquência com participação por omissão.

Como mencionado, a norma inscrita no art. 28 do Estatuto de Roma é criticada por estabelecer a mesma imputação para o superior e subordinado na responsabilidade de comando, sem previsão formal da situação de garante desse superior.

Um exemplo hipotético denota as possíveis diferenças de enquadramento e tratamento entre o Estatuto de Roma em comparação com o projeto de Lei brasileiro e o Código Penal Internacional alemão. Pensamos numa situação de conflito armado entre dois países, em que um grupo de soldados decide assassinar prisioneiros de guerra que transportavam, o que constitui crime de guerra à luz do artigo 8º, a), vii), do Estatuto de Roma.

Numa primeira situação, o chefe militar não sabia que seus subordinados cometeriam esses crimes, entretanto, pelo histórico violento dos soldados, esse comandante detinha informações que os soldados poderiam cometer os delitos (deveria saber, na redação do art. 28 do ER), mas não acompanhou de perto o transporte, ficando livre a possibilidade de cometimento de crimes pelos militares.

Numa segunda situação, esse chefe militar detinha plena ciência de que os crimes seriam cometidos e deliberadamente (intencionalmente) adere aos crimes perpetrados pelos subordinados ao deixar propositadamente de exercer o controle devido dos subordinados.

Perante o TPI, a resposta penal para esse chefe militar seria a mesma nas duas situações, ou seja, enquadramento na responsabilidade de comando do art. 28 do Estatuto de Roma, que além de não prever uma norma específica para a falha de supervisão (primeira situação), também não estabelece explicitamente a situação de garante do superior (para a segunda situação), pondendo haver no máximo uma diferenciação na aplicação da pena, com uma ampliação do arbítrio judicial em demasia na situação.

Trazendo o exemplo para a proposta de Lei brasileira, na primeira situação esse chefe militar e os subordinados responderiam pela prática do crime do artigo 45 do projeto de Lei (crime de guerra por homicídio, por matar pessoa protegida) c/c artigo 7º, inciso II (falha de supervisão, no caso do chefe militar). Na segunda situação, caso esse chefe militar soubesse que os crimes seriam cometidos, porém deliberadamente deixasse de exercer o controle, ou seja, com adesão aos crimes perpetrados, seria coautor em relação aos subordinados, com base no artigo 7º, inciso I, do projeto de Lei brasileiro (garante). No caso da proposta brasileira, as duas situações seriam diversas e importariam em resposta penal diferenciada.

No caso do direito alemão, o Código Penal Internacional possibilitaria uma melhor adequação do tipo e da pena no mesmo exemplo. Na primeira situação, que o chefe militar não aderiu ao intento dos subordinados, a resposta penal seria a prevista no § 14 do VStGB, que estabelece um tipo próprio para *violação do dever de fiscalização*, com reprimenda mais proporcional, 5 anos em caso de dolo e 3 anos em caso de culpa (negligência). Na segunda situação, em que o chefe militar adere ao intento dos subordinados, responderia pelo crime dos subordinados, conforme estabelece o § 4.1 do VStGB, norma que prevê uma situação de garante dos chefes militares ou civis. Ou seja, a norma prevista no Código Penal Internacional alemão é mais apropriada para casos concretos como esse, mesmo em comparação com o projeto de Lei brasileiro.

VII. A Responsabilidade de Comando em Portugal

Em Portugal, o Estatuto de Roma foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002, de 18 de janeiro de 2002, e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002[76], também de 18 de janeiro de 2022, com duas alterações posteriores, objeto de aprovação pelas Resoluções da Assembleia da República n.ºs 30/2017 e 31/2017, ambas de 20 de fevereiro de 2017.[77]

Após a aprovação e ratificação do Estatuto de Roma, Portugal aprovou a Lei n.º 31/2004, de 22 de julho[78], que alterou o Código Penal, com adaptação da legislação penal portuguesa ao Estatuto de Roma, cujo anexo listou as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, tipificando condutas para os crimes de genocídio, crimes contra humanidade, crimes de guerra, e posteriormente o crime de agressão, acompanhando a alteração mais recente do Estatuto de Roma para o

[76] Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, de 18 de janeiro. *Ratifica o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aberto à assinatura dos Estados em Roma, em 17 de Julho de 1998*. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-presidente-republica/2-2002-234516. Acesso em: 10/11/2023.

[77] Cf. Ministério Público de Portugal. *Alterações ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional relativas ao crime de agressão*. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/instrumento/alteracoes-ao-estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional-relativas-ao-crime-de. Acesso em: 05/10/2023.

[78] Lei n.º 31/2004. *Adapta a legislação penal portuguesa ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tipificando as condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário*. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2004-65943559. Acesso em: 11/11/2023.

delito de agressão.

Quanto à responsabilidade de comando, o legislador português estabeleceu previsão no art. 6º do Anexo da Lei nº. 31/2004, nos seguintes termos:

> *"Responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores*
>
> *1 - Salvo o disposto no Código de Justiça Militar, o chefe militar ou a pessoa que actue como tal que, tendo ou devendo ter conhecimento de que as forças sob o seu comando e controlo efectivos ou sob sua responsabilidade e controlo efectivos estão a cometer ou se preparam para cometer qualquer dos crimes previstos nesta lei, não adopte todas as medidas necessárias e adequadas para prevenir ou reprimir a sua prática ou para a levar ao conhecimento imediato das autoridades competentes, é punido com a pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efectivamente a ser cometidos.*
>
> *2 - O disposto no número anterior é, com as devidas adaptações, aplicável ao superior quanto ao controlo dos subordinados sob a sua autoridade e controlo efectivos."*

Na responsabilidade de comando portuguesa, o legislador não inovou em relação ao art. 28 do Estatuto de Roma, e estabeleceu uma norma que, em linhas gerais, reproduz a redação do Estatuto do TPI. A normatização portuguesa para a responsabilidade de comando também não dividiu a responsabilização do chefe ou superior em relação aos subordinados, com previsão da punição do superior com a mesma pena dos crimes cometidos pelos subordinados, independentemente da conduta do superior ser intencional ou apenas negligente na supervisão e controle. Ou seja, ainda que o superior não tenha intenção ou vontade (dolo) no sentido de aderir à conduta dos subordinados para cometerem crimes, como mera negligência em deixar de tomar medidas preventivas, ainda assim a responsabilidade do superior seria a mesma dos subordinados. Não há previsão de uma conduta que incida na mera violação do dever de supervisão, como previsto no Código Penal Internacional alemão.

VIII. Precedentes e atualidades da responsabilidade de comando

Examinar precedentes sobre determinado tema é uma ferramenta que facilita o entendimento dos institutos jurídicos e também ajuda a compreender como as cortes internacionais e domésticas estão a aplicar e enfrentar os variados casos concretos. No direito internacional, em especial na responsabilidade de comando e na jurisdição

universal, isso se mostra ainda mais importante na medida em que são assuntos que a jurisprudência ainda estão a se solidificar nos tribunais. Vamos examinar a seguir o precedente *Bemba* do TPI e outros precedentes ligados ao direito internacional.

1. A responsabilidade de comando e o caso Bemba no TPI: da condenação à absolvição

O precedente *Bemba* foi o primeiro enfrentado pelas duas instâncias do TPI com enfoque na responsabilidade de comando, por isso é um caso emblemático para delinear a visão da Corte, principalmente pelas dificuldades de interpretação e subsunção das condutas em relação ao instituto, como demonstram os votos divergentes dos juízes, eis que houve um veredicto de condenação na primeira instância, posteriormente revertida pela segunda instância do TPI, com a absolvição do arguido.

O caso também permiti uma comparação de aplicação da responsabilidade de comando com lentes na norma do Estatuto de Roma em contraste com o previsto no VStGB, eis que os problemas enfrentados pelo TPI com relação à subsunção das condutas do arguido ao art. 28 do ER e as questões probatórias poderiam ter um desfecho diferente do ponto de vista de aplicação da norma alemã da responsabilidade dos superiores.

Importante contextualizar a situação para melhor compreensão do caso. A primeira instância do TPI condenou Jean-Pierre Bemba como responsável por crimes que forças armadas sob o seu comando (Movimento de Libertação do Congo) cometeram na República Centro Africana (RCA), durante conflito militar nesse país, veredicto prolatado com base no art. 28 do Estatuto de Roma[79].

Jean-Pierre Bemba, da República Democrática do Congo, era o presidente e comandante-em-chefe do Movimento de Libertação do Congo, partido político com braço militar, fundado e comandado por ele. Após diversos conflitos político-militares na República Centro Africana, país vizinho do Congo, o Movimento de Libertação do

[79] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Trial Chamber III), versão original em inglês. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_04476.PDF. Acesso em: 10/12/2023.

Congo apoiou o então presidente da República Centro Africana, *Ange-Félix Patassé*, na repressão de rebelião liderada por opositor militar naquele país, general *François Bozizé*. O apoio foi realizado por meio de uma operação militar na RCA (Operação CAR 2002-2003), entre 26 de outubro de 2002 a 15 de março de 2004, comandada por Bemba.

A primeira instância do TPI concluiu que o arguido não tomara as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para impedir e reprimir a prática de crimes por seus subordinados durante a operação militar na República Centro Africana, nem mesmo ações para submeter o caso às autoridades superiores competentes[80].

Contra a decisão de primeira instância, a defesa apresentou recurso elencando diversos fundamentos fáticos e jurídicos relacionados com as medidas adotadas pelo ex-chefe militar para sustentar o pedido da absolvição na Câmara de Recursos do TPI. Os argumentos restaram acolhidos pela maioria dos juízes da Sala de Recursos.

Para compreensão do debate posto, apresentamos um espectro da teses defensivas da decisão, que são resumidas nos seguintes pontos do acórdão absolutório[81]:

i. A Sala de Julgamento (primeira instância do TPI) não examinou corretamente a conduta do acusado em relação ao padrão normativo previsto no ER:

A defesa argumentou que a Sala de Julgamento (primeira instância) examinou as medidas tomadas pelo arguido sem considerar as limitações decorrentes das concretas condições do caso e que a decisão apontara medidas hipotéticas que deveriam ter sido tomadas pelo ex-chefe militar, mas que foram compiladas *ex post facto*, ou seja, desconsiderou o que deveria ter sido feito no momento dos fatos, privando a oportunidade da defesa em apresentar evidências probatórias sobre essas medidas.

ii. A Sala de Julgamento (primeira instância) analisou de forma inadequada as limitações de jurisdição e competência do arguido para investigar os crimes dos subordinados:

---

[80] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Trial Chamber III), versão original em inglês. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=2226759. Acesso em: 10/12/2023.

[81] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês, p. 49. Disponível em: *https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/08-3636-Red.* Acesso em 10/12/2023.

A defesa sustentou que a Sala de Julgamento errou na avaliação das limitações da capacidade do arguido de conduzir investigações em outro país, no caso a República Centro Africana, onde ocorriam as operações militares.

A defesa argumentou que os obstáculos enfrentados para proceder às investigações à época dos fatos, decorrentes das limitações territoriais e jurisdicionais (soberania da RCA), e dificuldades de investigação em uma zona de guerra estrangeira, foram injustificadamente rejeitadas ou mesmo ignoradas na decisão condenatória, sem pelo menos uma análise perfunctória.

iii. A Sala de Julgamento de primeira instância ignorou que o acusado Bemba solicitara ao Primeiro-Ministro da República Centro Africana que investigasse os crimes:

A defesa sustentou que a decisão condenatória ignorou evidências e provas relevantes, por exemplo, carta que o arguido escrevera ao Primeiro Ministro da República Centro Africana, especificamente sobre crimes cometidos por soldados do MLC, em que solicitara a criação de uma comissão internacional de inquérito para examinar os crimes. Também argumentou que o acusado "Bemba" correspondeu-se por carta com o representante da ONU na RCA e com o presidente da *International Federation for Human Rights – FIDH*. Isso seria suficiente, segundo a tese defensiva, para refutar a acusação de que o arguido não fizera nenhum esforço para encaminhar o assunto às autoridades da RCA.

iv. A Câmara de Julgamento da primeira instância errou ao fundamentar a decisão em considerações irrelevantes:

A defesa argumentou que a motivação de um chefe militar na tomada das medidas é irrelevante para saber se elas são necessárias e razoáveis. Sustentou que a decisão da primeira instância refutou as medidas tomadas pelo arguido porque teriam sido tomadas para apenas para contrapor críticas em desfavor do MLC, na tentativa de o arguido preservar a reputação do seu exército. A defesa argumenta que não há exemplos ou precedentes nos tribunais internacionais em que a motivação das medidas de um chefe militar tenha que ter motivos específicos para reconhecimento. Alega, ademais, que a motivação das medidas foi manter um exército disciplinado, submetido a um código de conduta disciplinar, com instrução para o trato com a população civil.

v. As conclusões do julgamento de que as medidas adotadas pelo arguido não foram adequadas distorceram e ignoraram evidências relevantes:

A defesa argumentou que a decisão da primeira instância, nas suas conclusões sobre as medidas adotadas, desconsiderou e não referiu ao acordo entre os países do Chade e da RCA, quanto a criação de uma comissão internacional de inquérito para investigação das alegações dos crimes durante o período do conflito, a pedido do arguido junto ao primeiro ministro da RCA.

A defesa sustentou que a acusação de que o arguido não tomara as medidas adequadas contrariaram as provas, pois se baseou em um relatório (da FIDH) fundado em depoimentos duvidosos (boatos anônimos) e com testemunhas não identificadas, por isso tal relatório não fora utilizado pelo arguido para qualquer medida, ante as suas deficiências. A defesa argumentou que a Sala de Julgamento avaliou mal as provas documentais, a exemplo do *Inquérito Mondonga* e da *Comissão Zongo*, pois a decisão considerou que foram limitados os objetivos e a duração dessas providências, as quais foram utilizadas pelo arguido para investigar os crimes. Nesse ponto, as testemunhas teriam indicado o contrário, com depoimentos de que a comissão trabalhou até o final das operações e constou informação de um alto Oficial da RDC de que foram analisados todos os crimes imputados no âmbito do inquérito.

Na decisão absolutória da Sala de Recursos, a maioria dos juízes entendeu que a decisão da primeira instância não examinou corretamente os fatos e provas. A Sala de Recursos concluiu que o dever dos chefes militares de tomarem medidas necessárias e razoáveis, como exige o art. 28 do ER, dever ser analisada à luz das circunstâncias concretas da época dos fatos, ou seja, os comandantes não estão obrigados a implementar todas medidas hipotéticas em abstrato, como decidiu a primeira instância. Sempre deverá ser analisada a capacidade material e a realidade operacional no teatro de operações militares em relação ao chefe militar, para não haver risco de se configurar responsabilidade objetiva[82].

A maioria dos juízes das Sala de Recursos acolheu os argumentos da defesa de que a decisão condenatória deixou de analisar testemunhos e depoimentos que

[82] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês, p. 66. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/08-3636-Red. Acesso em 10/12/2023.

indicaram dificuldades que o arguido tivera para providências em relação à punição imediata dos subordinados em país estrangeiro (RDC). A Sala de Recursos entendeu que a primeira instância não poderia desconsiderar provas indicativas de que o arguido tomara medidas e esforços para investigar os crimes, criando comissões de inquérito para tal, embora essas providências fossem limitadas devido a situação dos seus subordinados estarem integrados em conjunto com outras forças de país estrangeiro. A primeira instância em nenhum momento examinou esses fatores, a exemplo da carta que o acusado encaminhara ao primeiro ministro da RCA, solicitando a criação de uma comissão internacional para investigar os fatos, situação reconhecida pela promotoria.

A Sala de Recursos julgou que essas falhas e erros na análise do caso teve impacto direto nos fundamentos da decisão condenatória, pois não examinara de forma adequada as limitações do arguido na investigação dos crimes dos subordinados, o qual estava numa situação remota em relação as suas forças, em país estrangeiro, pelo que a maioria decidiu absolver o acusado.

1.1. Caso Bemba: novo paradigma de reexame no TPI

A norma básica do ER que estabelece regras de revisão na Câmara de Recursos do TPI é o art. 83 (2) do ER[83]. Segundo esse dispositivo, se a Câmara recursal concluir que o processo padece de vícios que afetem a regularidade da decisão ou sentença, ou se estiverem materialmente maculadas por erros de fato ou de direito, ou vício processual, a instância recursal poderá: i) anular ou modificar a decisão ou pena aplicada; ou ii) ordenar um novo julgamento perante outro Juízo na primeira instância do TPI.

Anteriormente ao exame do caso "Bemba", a Câmara de Recursos do TPI adotava entendimento restritivo em relação ao reexame de questões factuais das decisões da primeira instância, ou seja, a reforma da decisão de primeiro grau era um exame majoritariamente de questões de direito, com análise das questões fáticas muito

[83] Cf. Estatuto de Roma: "Art. 83 (2) - Se o juízo de recursos concluir que o processo sujeito a recurso enferma de vícios tais que afectem a regularidade da decisão ou da sentença, ou que a decisão ou a sentença recorridas estão materialmente afectadas por erros de facto ou de direito, ou vício processual, ela poderá: a) Anular ou modificar a decisão ou a pena; ou b) Ordenar um novo julgamento perante um outro juízo de julgamento em 1.ª instância."

restrita, apenas em situações excepcionais.

No precedente "Bemba", a Câmara de Recursos do TPI modificou esse *standard* restritivo de revisão, relativizando essa "deferência" em relação às questões fáticas decididas pela sala de julgamento na primeira instância, ou seja, houve uma evolução do paradigma quanto à análise de erros factuais.

O voto em separado do Juiz Eboe-Osuji bem explicitou a necessidade de novo padrão de revisão na apelação (*standard of appellate review*). A corrente majoritária dos juízes sustentou a necessidade de ampliação da análise factual, em razão da exigência do *standard* de uma medida de prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), expressamente previsto no art. 66 (3) do ER[84].

O modelo de deferência em relação às questões factuais vinha sendo seguido pela jurisprudência do TPI com base na jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, sobretudo do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iuguslávia (TPIY). Em "Bemba" esse modelo restou superado para se adequar aos requisitos previstos no Estatuto de Roma, que exige fundamentação ampla na análise probatória, consagrando uma medida de prova no patamar além de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*).[85]

Um exemplo do modelo de deferência foi aplicado no caso *Lubanga*, em que a Câmara de Recursos do TPI decidiu não revisar questões factuais, à luz dos precedentes do TPIJ e outros tribunais *ad hoc*. Segundo o precedente, a análise factual da decisão recorrida somente poderia ser revista de modo excepcional, porque o juízo de primeiro grau estaria mais próximo dos elementos de prova, com condições melhores de análise probatória segura das evidências e dos fatos.[86]

---

[84] Cf. Estatuto de Roma: "*Art. 66 (3) do ER - Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o arguido é culpado, para além de qualquer dúvida razoável.*"

[85] THAMAN, Stephen. *Landesbericht USA. En: Walter Perron (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands*. Friburgo en Brisgovia, 1995, p. 489-547.

[86] Cf. ICC-01/04-01/06, The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, – *"22. The jurisprudence relevant to appeals brought under article 82 of the Statute indicates that the Appeals Chamber should give a margin of deference to factual findings of a Trial Chamber. Nevertheless, it must be no ed that at issue in an appeal against a conviction decision are the findings of the Trial Chamber pursuant to article 66 (3) of the Statute, which requires the Trial Chamber to convict the accused only when it is "convinced of the guilt of the accused beyond reasonable doubt". It is clear that the standard of proof "beyond reasonable doubt" is to be applied only to the facts constituting the elements of the crime and mode of liability of the accused as charged. This is in line with the jurisprudence of the ad hoc tribunals. In Blagojević and Jokić, the Appeals Chamber of the ICTY held that "a Trial Chamber may only find an accused guilty of a*

Em “Bemba”, os votos dos juízes da maioria indicaram que o modelo de deferência em relação às questões factuais da Sala de Julgamento deve ser visto com reservas, sobretudo em situações em que a análise demonstra falhas e erros de julgamento, conforme destacado na decisão da Câmara de Recursos.[87]

Assim, a Câmara de Recursos concluiu que a análise probatória precisa observar o padrão de prova além de qualquer dúvida razoável, com raciocínio jurídico claro e lógico. Consoante a decisão, a Câmara de Recursos deve reexaminar as provas e as bases do raciocínio jurídico da decisão recorrida sempre que observar deficiências e contradições significativas.[88] Importa destacar que esse critério já fora adotado em precedente do Tribunal Especial do Camboja (ECCC)[89], em caso que se concluiu que as provas eram frágeis e contraditórias.[90]

Em *Bemba*, nos votos separados dos juízes *Christine Van den Wyngaert* e *Howard Morrison*, restou indicado o fundamento pelo qual se adotou esse novo padrão

---

crime if the Prosecution has proved each element of that crime and of the mode of liability”. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/cr2014_09844.pdf. Acesso em 10/03/2023.

[87] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês, item 40: *“The Appeals Chamber is of the opinion that it may interfere with the factual findings of the first-instance chamber whenever the failure to interfere may occasion a miscarriage of justice, and not “only in the case where [the Appeals Chamber] cannot discern how the Chamber’s conclusion could have reasonably been reached from the evidence before it,”*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/08-3636-Red. Acesso em 10/03/2023.

[88] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês, item 44: “If the supporting evidence is, on its face, weak, or if there is significant contradictory evidence, deficiencies in the trial chamber’s reasoning as to why it found that evidence persuasive may lead the Appeals Chamber to conclude that the finding in question was such that no reasonable trier of fact could have reached. Nevertheless, the emphasis of the Appeals Chamber’s assessment is on the substance: whether the evidence was such as to allow a reasonable trial chamber to reach the finding it did beyond reasonable doubt.”. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/05-01/08-3636-Red. Acesso em 14/05/2023.

[89] Tribunal Especial foi criado por acordo da ONU e o Camboja, no ano de 1997, para julgar violações do direito internacional e crimes graves perpetrados durante o genocídio cambojano.

[90] Cf. 002/19-09-2007-ECCC/SC, Prosecutor v. Nuon Chea and Khieu Samphan. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) – *“90. The starting point for the Supreme Court Chamber’s assessment of the reasonableness of the Trial Chamber’s factual findings is the reasoning provided for the factual analysis, as related to the items of evidence in question. In particular when faced with conflicting evidence or evidence of inherently low probative value (such as out-of-court statements or hearsay evidence), it is likely that the Trial Chamber’s explanation as to how it reached a given factual conclusion based on the evidence in question will be of great significance for the determination of whether that conclusion was reasonable. As a general rule, where the underlying evidence for a factual conclusion appears on its face weak, more reasoning is required than when there is a sound evidentiary basis.”.* Disponível em: https://www.legal-tools.org/doc/e66bb3/. Acesso em 16/07/2023.

de revisão, qual seja, a necessidade de observância dos requisitos previstos no art. 74 (5) do Estatuto de Roma, no sentido de fundamentação segura que não possa deixar dúvidas sobre o acervo probatório, ainda que a decisão possa resultar em absolvição de eventuais culpados.[91]

A Câmara de Recursos em *Bemba* também observou equívoco em relação às conclusões baseadas em testemunhos indiretos (*hearsay evidence)*, sustentando que a Sala de Julgamento não demonstrou a contento porque outras provas do processo, as quais poderiam levar a conclusões diferentes, não foram consideradas e examinadas adequadamente.[92] O voto separado do juiz Eboe-Osuji destacou as origens da jurisprudência da deferência da apelação nos precedentes dos tribunais internacionais *ad hoc*, como o TPIJ e o ECCC, indicando que não há previsão da adoção desse modelo de revisão no Estatuto de Roma.[93]

Na visão do juiz *Eboe-Osuji*, não havendo norma cogente sobre aplicação da deferência no Estatuto de Roma, não há vinculação da Câmara de Recursos quanto a esse paradigma de revisão, sobretudo quando a decisão recorrida não leva em conta princípios da presunção de inocência e da proteção dos direitos do arguido. Por isso a

---

[91] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês: *"We believe that they are the price that must be paid in order to uphold fundamental principles of fairness and the integrity of the judicial process. Ending impunity is only meaningful if it happens in full accordance with the values and principles that underpin the criminal justice process in an open and democratic society. The presumption of innocence and the corresponding benefit of the doubt in favour of the accused are central to our understanding of the rule of law. We therefore see it as our duty as appellate judges to intervene if we identify significant problems with the manner in which a Trial Chamber has analysed the evidence or applied the standard of proof.".* Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_02989.PDF, p. 3. Acesso em 16/07/2023.

[92] A propósito, sobre o tema há importante estudo no artigo: *"A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional - Estudo sobre sua admissibilidade e valoração."* Gustavo Badaró. in Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2014. Disponível em: http://zis-online.com/dat/artikel/2014_4_810.pdf. Acesso em 16/07/2023.

[93] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês: *"It must be observed that the Rome Statute does not suggest—let alone require—appellate deference to the factual findings of the Trial Chamber. Indeed, there are specific provisions of the Rome Statute the terms of which obstruct, at least, a clear view of appellate deference as a standard norm in final, merits appeals in this Court. Article 83(1) is one of them. It provides as follows: 'For the purposes of proceedings under article 81 and this article, the Appeals Chamber shall have all the powers of the Trial Chamber' [emphasis added]. As there is no equivalent provision in their statutes, the case law of the ICTY and ICTR may have forged a mould of appellate deference that may not fit the specific circumstances of administration of justice at the ICC, as a direct product of construction of the Rome Statute."* Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_03077.PDF, p. 16. Acesso em 16/07/2023.

corrente majoritária entendeu pela possibilidade de revisão dos elementos probatório factuais examinados pela primeira instância.[94]

A superação desse modelo de restrição quanto ao reexame de questões factuais coincide com a análise de António Castanheira Neves[95], no sentido de que os tribunais recursais podem e devem controlar a análise probatória dos julgados de primeiro grau sempre que houver contradição insanável.

Não sabemos se a nova orientação da Câmara de Recursos será mantida em casos futuros, até porque não foi uma decisão unânime. De todo modo, é um precedente que poderá ter impacto importante para o Gabinete do Procurador do TPI e para as Salas de Julgamento da Corte.

Esse novo padrão de reexame dos recursos exige elementos de convicção mais consistentes por parte da Promotoria, com implicações nos meios investigativos e na busca de elementos de provas mais confiáveis do ponto de vista jurídico. A decisão refutou a tese de que a Sala de Julgamento pudesse estar livre para rejeitar ou inadmitir provas sem uma justificativa plausível. A primeira instância pode deixar de analisar determinada tese jurídica, mas está obrigada a examinar todas provas do processo, nas palavras do juiz Eboe-Osuji.[96]

---

[94] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês: *"Unlike the notion of 'appellate deference' which the Rome Statute does not provide for, the Statute specifically provides for the right of fair trial… Against that right, the notion of appellate deference becomes a difficult one where an appeal is lodged on the ground that the trial has been so unfair as to engage the risk of a miscarriage of justice, because the Trial Chamber made serious mistakes in the admission, appreciation and evaluation of the evidence. Where such a ground of appeal is engaged in a final appeal against conviction, it does seem to me wholly unsatisfactory—indeed counter-intuitive—to say that the ICC Appeals Chamber will defer to the views of the very Chamber whose proceedings, verdict or findings formed the very basis of the appeal, as the gravamen of the complaint of unfair trial.".* Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_03077.PDF, p. 17. Acesso em 16/07/2023.

[95] CASTANHEIRA NEVES, António. Sumários de processo criminal, Coimbra: Dactilog. por João Abrantes, 1968, pp 50-51, apud Paulo de Sousa Mendes, op. cit., pp. 27-28: *"A exigência de motivação da convicção probatória do juiz de facto, enquanto princípio da objetividade, não deixará de ser controlável mesmo pelos tribunais de recurso com competência apenas ´de direito´sempre que, como diz Castanheira Neves, a violação desse princípio for evidente sem outras investigações probatórias – assim, por exemplo, quando a motivação for contraditória (ilógica), quando estiver em flagrante e insanável contradição com os elementos adquiridos nos autos, quando for impossível ou evidentemente errada a sua conclusão, de acordo com as regras válidas da experiência, etc."*

[96] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês: *"In any number of ways, the failure of the Trial Chamber to give 'a full and reasoned statement of its findings on the evidence and conclusion' in support of its decision on the guilt or innocence of the accused, as required in article 74(5), does bear on concerns indicated in article 83(2).*

Essa nova orientação do padrão de análise pela Câmara de Recursos é importante para o aperfeiçoamento do exame probatório na primeira instância do TPI, pois exige fundamentação mais precisa e segura para casos futuros, aumentando a confiabilidade das decisões do TPI. A Câmara de Recursos do TPI é a última instância da Corte[97], diferentemente da maioria das estruturas judiciais domésticas, que em regra possibilitam outros recursos para tribunais superiores. Isso demonstra o acerto da exigência de padrão mais elevado na revisão das decisões para a busca de maior segurança jurídica.

1.2. O elemento geográfico no caso Bemba: Remote Commander

O TPI analisou um elemento peculiar do caso, a situação dos comandantes cujos subordinados atuam em região geográfica diferente. No caso *Bemba*, as forças militares do MLC atuavam em país estrangeiro, a República Centro Africana, enquanto o seu comandante permaneceu no país de origem, a vizinha República Democrática do Congo.[98]

Este ponto evidenciou diferentes opiniões dos juízes na Câmara de Apelação, mas a tese vencedora entendeu que a primeira instância errou ao não considerar a situação no exame da adequação das medidas tomadas pelo arguido. A maioria da Câmara julgou que a decisão recorrida não examinou adequadamente o ponto. A tese vencedora argumentou que os militares do MLC atuavam em país estrangeiro, quadro que dificultara a capacidade para adoção das medidas necessárias e razoáveis pelo comandante "Bemba", inclusive para investigar e processar os crimes dos subordinados.

For instance, the Trial Chamber may have used evidence in a manner that was 'unfair in a way that affected the reliability of the decision or sentence' and undermined the fairness of the trial, but failed to make that apparent to the accused by refusing fully to explain how it resolved issues raised (pursuant to rule 64) against the evidence. Indeed, the danger of miscarriage of justice in this way is quite immediate, given the overly convenient trend in the jurisprudence of the Appeals Chamber to accept a presumption that 'the Trial Chamber evaluated all the evidence before it . . . as long as there is no indication that [it] completely disregarded any particular piece of evidence." Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_03077.PDF, p. 99. Acesso em 15/10/2023.

[97] Cf. Estatuto de Roma, art. 81 e seguintes.

[98] AMBOS, Kai et al. *El caso BEMBA y la responsabilidad del mando Comentarios y traducción de la sentencia de apelación.* Tirant lo Blanch, 2021, pp. 179 e ss.

Para a Câmara de Recursos, se a primeira instância tivesse considerado a posição remota do arguido, teria chegado à conclusão diferente sobre a adequação das medidas tomadas pelo arguido e sobre o resultado do julgamento.[99]

O aspecto da posição geográfica do superior já havia sido examinado no TPIJ, no precedente Perišić.[100] A Câmara de Recursos do TPIJ reconhecera maiores dificuldades para obter evidência do prévio conhecimento do superior quanto aos crimes dos subordinados, quando esse comandante está atuando remotamente. Ou seja, a localização geográfica do comandante é um dado que deve ser examinado juntamente com os outros elementos, para avaliar as contramedidas adotadas em cada situação. A posição de um superior que atua junto aos subordinados é diferente daquele que opera em outro ambiente, situação que normalmente interfere na aferição da *mens rea* em cada caso.

Entretanto, a decisão em *Bemba* não significa nova leitura e interpretação do art. 28 do ER em relação aos comandantes remotos, no sentido de ser fator determinante para a configuração da responsabilidade do superior, pois isso poderia colocar em risco a própria finalidade do instituto. Ou seja, a norma do artigo 28 do ER alberga tanto situações de comandantes que atuam remotamente ou junto aos subordinados, independentemente da localidade geográfica. Assim, o afastamento geográfico dos comandantes não deve fornecer, *de per si*, critério ou base substancial para absolvições

---

[99] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês: *"Nevertheless … the Trial Chamber paid insufficient attention to the fact that the MLC troops were operating in a foreign country with the attendant difficulties on Mr. Bemba's ability, as a remote commander, to take measures. In sum, the Appeals Chamber has identified the following serious errors in the Trial Chamber's assessment … (i) the Trial Chamber erred by failing to properly appreciate the limitations that Mr. Bemba would have faced in investigating and prosecuting crimes as a remote commander sending troops to a foreign country…The Appeals Chamber finds that the errors that it has identified have a material impact on the Trial Chamber's finding that Mr. Bemba failed to take all necessary and reasonable measures. […] Furthermore, the Trial Chamber's failure to fully appreciate the limitations that Mr. Bemba would have faced in investigating and prosecuting crimes as a remote commander sending troops to a foreign country had an important impact on the overall assessment of the measures taken by Mr. Bemba.Indeed, in faulting the results of measures taken by Mr. Bemba, the Trial Chamber failed to appreciate that, as a remote commander, Mr. Bemba was not part of the investigations and was not responsible for the results generated. Had it done so, the Trial Chamber's assessment of the measures Mr. Bemba had taken would have been necessarily different.".* Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_03077.PDF, p. 68. Acesso em 15/10/2023.

[100] ICTY IT-04-81-A, The Prosecutor v. Momčilo Perišić (The Appeals Chamber), versão original em inglês, disponível em: https://www.icty.org/x/cases/perisic/acjug/en/130228_judgement.pdf. Acesso em 15/10/2023.

ou condenações.

A localização remota do comandante deve ser examinada em cada caso, para auxiliar na avaliação da adequação/necessidade das medidas tomadas pelos superiores. A consideração da posição remota de "Bemba", como elemento para a absolvição, foi parte da análise contextual como contraponto ao exame da adequação das medidas adotadas pelo arguido. Tanto as opiniões do Juiz *Eboe-Osuji*[101] (da maioria) como a dos Juízes *Monageng* e *Hofmański* (vencidos)[102], rejeitaram explicitamente qualquer distinção substantiva da responsabilização com base unicamente na posição geográfica do comandante.

1.3. Medidas necessárias e adequadas do superior (necessary and reasonable measures)

As medidas necessárias e adequadas que devem ser tomadas pelo superior é considerado o elemento central da responsabilidade de comando.[103]

A definição jurídica e o conceito do que sejam medidas necessárias e adequadas, elementares previstas no art. 28 do ER, não é pacífica. O artigo 28 do ER imputa responsabilidade penal ao superior quando não exerce controle apropriado em relação

---

[101] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber- Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji), versão original em inglês: *"[Mr. Bemba] was a commander, and was at all material times remotely located in another country. While remoteness of location is not a controlling factor of innocence, it can complicate the question of guilt (as it does in this appeal) depending on the particular circumstances of a given case. […] I would not subscribe to any interpretation of the Majority Opinion as suggesting that the geographic remoteness of a commander is a factor all of its own, which would necessarily insulate him from criminal responsibility. Geographic remoteness is only a factor to be considered among other circumstances or peculiarities of a given case. It serves its greatest value in the assessment of what is reasonable as a measure to prevent or repress violations to submit them to competent authorities for investigation and prosecution.",* Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_03077.PDF, p. 3. Acesso em: 15/10/2023.

[102] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês: *"We note that in a case concerning actors operating across international borders, the traditional criteria have been applied. The specificities of the particular case, such as the structure and functioning of the military groups involved, as well as the remoteness of the commander are part of the factual considerations that the Trial Chamber must assess in order to determine whether the accused had the material ability to prevent, repress or report the commission of crime."* Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_02987.PDF, p. 55. Acesso em: 15/10/2023.

[103] AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law, Vol. I: Foundations and General Part:* Oxford University Press, 2013, p. 217.

aos seus subordinados e não toma medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir, reprimir ou levar ao conhecimento das autoridades competentes a prática de crimes dos subordinados. A capacidade de adotar medidas necessárias e adequadas está relacionada com o controle efetivo dos subordinados por parte do comandante, também um requisito para configuração da responsabilidade do superior.[104]

O art. 28 do ER não estabeleceu um conceito descritivo em relação à questão. A tendência dos tribunais internacionais tem sido evitar critérios fixos para definição das medidas necessárias e adequadas, por serem elementos contextuais de cada situação, o que sucedeu também no precedente *Bemba*.[105]

Isso faz sentido em vista da dificuldade em nivelar conceitos desse jaez no campo do direito penal internacional, o que sói ocorrer também com outros institutos, como o conceito de *autoridades competentes*, outra categoria prevista no art. 28 (a) (ii) do ER, igualmente variável de acordo com a estrutura das forças armadas de cada Estado parte.

Inobstante isso, a doutrina utiliza alguns parâmetros interpretativos na análise da adequação das medidas tomadas pelos comandantes, com base nos princípios do Direito Internacional Humanitário, que funcionam como orientadores para os chefes militares ou civis. A utilização de parâmetros baseados no direito internacional humanitário ajuda definir os tipos de medidas a cargo dos superiores e sua respectiva adequação em relação a cada situação concreta.[106]

Em *Bemba*, a Câmara de Julgamentos acompanhou precedentes da jurisprudência dos tribunais internacionais *ad hoc* e reiterou a natureza contextual dessas medidas e a necessidade de defini-las *in* concreto. Portanto, a obrigação da adoção de medidas pelo comandante, que é uma responsabilidade baseada na omissão, resulta no dever afirmativo de impedir que os subordinados violem o direito internacional humanitário. Essa obrigação positiva dos comandantes, de garantir que o

---

[104] AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law, Vol. I: Foundations and General Part*: Oxford University Press, 2013, p. 219.

[105] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês, disponível em: https://www.icc-cpi.int/courtrecords/cr2018_02984.pdf, p. 44. Acesso em: 23/11/23.

[106] AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional,* São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 317.

Direito Internacional Humanitário seja respeitado, já tinha reconhecimento desde o pós-Segunda Guerra Mundial, a exemplo do caso Yamashita, e posteriormente nos processos subsequentes de *Nuremberg*. Posteriormente, esse princípio foi codificado no art. 87 do PAICG.[107]

Todavia, esses padrões mínimos que servem de parâmetro para examinar a correção da tomada de medidas pelos comandantes precisam ser confrontados com a capacidade material de execução. Foi esse ponto que levou a Câmara de Recursos do TPI a cassar a decisão da primeira instância, que não considerou esse aspecto na situação em concreto.[108]

A noção de capacidade material do comandante teve papel importante no caso *Bemba*. Na sua análise, a Câmara de Recursos examinou se as medidas tomadas por *Bemba* foram suficientes e razoáveis na situação da sua capacidade material em concreto, pelo fato de que estava atuando remotamente. A Câmara fez avaliação da rede de comunicações, da estrutura de comando estabelecida do MLC e sobre a existência de mecanismos de relatório estabelecidos e também da posição geográfica de Bemba como comandante em chefe, no sentido de aferir sua capacidade material de tomar as medidas razoáveis e necessárias para prevenir ou reprimir os crimes dos subordinados ou submeter o assunto para investigação ou processo junto às autoridades competentes.[109]

Nesse ponto, a Câmara de Recursos identificou limitações impostas à capacidade de Bemba para tomada das medidas pelo fato de as tropas sob seu comando estarem operando em território estrangeiro e a investigação dos crimes dependia da cooperação das autoridades de outro país, concluindo que o arguido não detinha plena

---

[107] Art. 87 do Protocolo Adicional I das Convenções de Genebra*: "A fim de impedir que sejam cometidas infracções e de as reprimir, as Altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem exigir que os comandantes, consoante o seu nível de responsabilidade, se certifiquem de que os membros das forças armadas colocadas sob o seu comando conheçam as suas obrigações nos termos das Convenções e do presente Protocolo*. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocoloIgenebra.pdf. Acesso em: 23/11/23.

[108] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/courtrecords/cr2018_02984.pdf, p. 66. Acesso em 23/11/2020.

[109] ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (The Appeals Chamber), versão original em inglês. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/courtrecords/cr2018_02984.pdf, pp. 66-73. Acesso em 23/11/2020.

capacidade material para investigar e processar os crimes cometidos no RCA.[110]

1.4. Responsabilidade de comando e causalidade no caso Bemba

Um ponto divergente na responsabilidade de comando é a causalidade. A controvérsia radica sobre a exigência ou não de um elemento de causalidade entre a conduta do superior e os crimes cometidos pelos subordinados. O art. 28 (a) do ER estabelece que um comandante militar pode ser responsabilizado por crimes cometidos por suas tropas "*pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças*". A partir desse *standard* de redação da norma – "*as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces"* [111], o requisito de causalidade para a responsabilidade do superior tem sido majoritariamente aceito pela doutrina.[112]

Na jurisprudência anterior dos tribunais *ad hoc*, o entendimento prevalecente foi a inexigência de um requisito de causalidade para configuração da responsabilidade de comando. No precedente *Čelebići*[113], por exemplo, o TPIY entendeu que não seria adequado dizer que a falha de um comandante em punir um subordinado por um crime anterior pudesse ter causado esse delito ou outro posterior. É certo que nesse caso, de uma conduta tipicamente omissiva do comandante, que exige uma resposta posterior ao delito cometido (punição do subordinado), não há como exigir um elemento de causalidade entre o crime base e a ação posterior do superior. Entretanto, em condutas em que a omissão seja de prevenção ou mesmo repressão de condutas delituosas dos subordinados, um nexo de causação pode ser vislumbrado, a depender do caso concreto.

Na situação dos tribunais *ad hoc*, que não exigiam um liame de causalidade, é

---

[110] AMBOS, Kai. *"A absolvição de Jean Pierre Bemba e a responsabilidade do superior"*, in Boletim IBCCRIM, vol. 26, nº 308, 2018.

[111] Cf. original do Art. 28 (a) do ER:"(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:". Disponível em: https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf. Acesso em: 30/01/2021.

[112] AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional,* São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 311.

[113] Cf. ICTY - IT-96-21-T, Prosecutor v. Delalic et al., Judgement 16.11.1998.

preciso dizer que tais Cortes atuavam com fundamento em um sistema legal diferente do Estatuto de Roma, a exemplo do ICTY e do ICTR, cujos estatutos não continham norma expressa que indicasse/exigisse qualquer elemento de causalidade entre as condutas do chefe e dos subordinados.

No caso da redação do art. 28 do ER, o artigo menciona a responsabilidade por crimes dos subordinados que tenham sido cometidos pelo fato do chefe militar não exercer um controle apropriado sobre suas forças, o que indica uma mudança normativa em comparação ao contexto da legislação e jurisprudência anteriores.

É certo que o tema da causalidade suscita dúvidas até mesmo nos delitos comissivos, sendo ainda mais problemática na responsabilidade de comando, figura próxima dos crimes comissivos por omissão. O tema da causalidade nos delitos comissivos por omissão tem sido objeto de estudo da doutrina, como o trabalho de Luís Greco[114], o qual sustenta não haver óbice para o reconhecimento de causalidade nas omissões.

De acordo com Greco, o mais importante não é saber se condutas omissivas podem ser consideradas causa, mas como deve ser vista a relação entre omissão e resultado, principalmente nos casos em que não se sabe se a ação devida poderia ter evitado o resultado. Sua análise aponta dois planos distintos a serem examinados, primeiro o desvalor do comportamento e depois o desvalor do resultado, sendo que o exame deste último é que poderá definir a imputação ou não do resultado no caso concreto.[115]

No estudo, Greco aponta que a controvérsia sobre o nexo entre omissão e resultado refletem duas correntes contrárias, a teoria da evitabilidade, preponderante na doutrina e jurisprudência germânica, em que o resultado somente pode ser imputado ao agente se a sua conduta impedisse o resultado com probabilidade próxima da certeza, e a teoria da diminuição do risco, que exige apenas a criação de uma chance de salvamento.[116] Argumentando sobre a teoria da diminuição do risco, Luís Greco

---

[114] GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 17-19.

[115] GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 20-21.

[116] GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, São

assevera que ela pode ser considerada razoável do ponto de vista político-criminal, no sentido de evitar cartas brancas para a falta de cuidados em variados âmbitos. Além disso, *Luís Greco* avalia que as críticas de que essa teoria poderia atuar como substituta da causalidade, violando a proibição da analogia, são infundadas, pois o resultado pode ser descrito em sua configuração concreta, com utilização de dados temporais e adequado exame de considerações como intensidade e quantidade, permitindo assim uma visível separação da causalidade e da imputação do resultado[117], raciocínio que também pode ser aplicado para as situações da responsabilidade dos comandantes.

Em *Bemba*, as decisões das Salas Preliminar e de Julgamento (ambas na primeira instância) adotaram posição mais cômoda para a Promotoria. O entendimento da primeira instância do TPI foi no sentido que bastava para a acusação demonstrar que a falha do comandante em prevenir e reprimir os crimes dos subordinados aumentara o risco de as forças cometerem outros delitos.[118] Ocorre que a decisão não detalha o *quantum* que o risco precisaria aumentar, apenas argumenta que a punição é parte inerente da prevenção de crimes futuros e que a falha anterior de um comandante em punir aumentaria o risco para que outros delitos fossem cometidos no futuro.[119] O problema desse padrão adotado pela sala de julgamento é permitir uma condenação exigindo apenas a demonstração que subordinados cometeram delitos, e o comandante não os puniu e crimes futuros foram cometidos por esses subordinados.

O voto separado da juíza *Steiner* (primeira instância) talvez tenha tentado encontrar um meio termo, argumentando que o requisito de causalidade estaria atendido quando houvesse, pelo menos, *alta probabilidade* de que o crime teria sido evitado, caso o comandante tivesse cumprido suas obrigações.[120]

Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 22-23.

[117] GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 24-34.

[118] AMBOS, Kai. *Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision Leiden Journal of International Law, Vol. 22, 2009*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540598. Acesso em 29/09/2020.

[119] Cf. ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Pre-Trial Chamber II), versão original em inglês. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF, p. 150. Acesso em: 03/11/2020.

[120] Cf. ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Separate Opininon of Judge

O voto da juíza *Steiner* denota que a posição adotada pela maioria dos juízes da primeira instância poderia abrir caminho para o risco de uma responsabilidade objetiva, então o voto propõe aumentar o limiar de evidências de uma conexão entre a falha de controle do comandante e o crime subjacente. Mas a fundamentação da decisão também não esclarece qual a diferença entre os padrões do "risco aumentado" e a diretriz de "alta probabilidade".[121]

O voto do juiz *Eboe-Osuji*, na Câmara de Recursos, foi o que explorou a questão da causalidade com maior profundidade e extensão, na tentativa de estabelecer alguns parâmetros para solução do ponto.

O juiz *Eboe-Osuji* sustentou que a causalidade é elemento essencial da responsabilidade de comando e deve ser analisada levando em conta os objetivos do ER, observada a exigência de conexão entre as condutas do comandante e subordinados. A fundamentação do voto indica, com relação ao requisito de causalidade, que o ônus da prova da promotoria deva sempre atender ao princípio da "prova além de uma dúvida razoável". O voto destaca que a prova deve demonstrar que a contribuição do superior para a consumação dos crimes deve ser mais do que insignificante e não tão pequena ao ponto de poder ser ignorada pelo princípio "*de minimis*".[122]

O juiz *Eboe-Osuji* defende que o requisito de causalidade estará atendido quando ficar demonstrado que o comandante tinha efetivo controle sobre os subordinados, mas voluntariamente se recusa ou se abstêm de exercer as medidas necessárias exigidas, resultando em falha na prevenção ou repressão do crime. Além disso, segundo seu entendimento, deve ser demonstrada abstenção voluntária do comandante em tomar as medidas, no contexto da sua capacidade material, no sentido de que os crimes dos subordinados sejam resultado demonstrável da falta das medidas, ou seja, que o quadro tenha encorajado o cometimento de crimes pelos subordinados.

Sylvia Steiner), versão original em inglês. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2016_02239.PDF, p. 10. Acesso em: 03/11/202023.

[121] Cf. ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Separate Opininon of Judge Sylvia Steiner), versão original em inglês. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2016_02239.PDF, p. 9. Acesso em: 03/11/202023.

[122] Cf. ICC-01/05-01/08, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (*The Appeals Chamber-Concurring Separate Opinion of Judge Eboe-Osuji*), versão original em inglês: Disponível em: https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2018_03077.PDF, pp. 66 e 56. 03/11/202023.

Mas o maior desafio para se chegar ao padrão defendido pelo juiz *Eboe-Osuji* são as provas, ante a dificuldade para extrair evidências que demonstrem que um comandante tenha agido intencionalmente desconsiderando suas funções, conforme previsto no artigo 28 do ER. Raramente haverá algum registro documentado de um superior que explicitamente recuse punir um subordinado ou tenha intencionalmente falhando em treinar suas tropas ou encorajado um subordinado a cometer crimes de guerra. Mas o voto aponta que considerações sobre o afastamento geográfico ou temporal do comandante e a posição de poder do chefe no momento dos crimes podem ser elementos que colabore na análise da responsabilidade.

Ou seja, os fundamentos do voto do juiz *Eboe-Osuji* sugerem uma análise da causalidade com lentes também nos elementos e ônus probatórios, na linha de estudo da causalidade complexa de *Paulo de Sousa Mendes*[123], em monografia que autor examina a dimensão processual das imputações e causalidade no quadro de um procedimento retórico/adversarial do processo penal.

De todo modo, comparando os posicionamentos da primeira e segunda instância do TPI sobre a causalidade na responsabilidade de comando, o padrão adotado pelo juiz Eboe se mostra mais coerente com os requisitos previstos no art. 28 ER, já que o padrão adotado na decisão da primeira instância se mostra um tanto quanto injusto para a defesa, pois coloca um ônus da prova muito baixo para a Promotoria. Um teste simples de agravamento de risco, conforme sugerido na decisão da primeira instância, poderia permitir a responsabilidade para uma gama de comandantes que, por exemplo, tenham permitido infrações isoladas sem punição, embora não tenham tolerado o cometimento de futuros crimes de guerra.

1.5. Avanços e dificuldades no caso Bemba

O julgamento do caso *Bemba*, primeiro enfrentado pelo TPI sobre a responsabilidade de comando, evidenciou elementos novos sobre o tema. Embora a

[123] MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2019 (Reimpressão), p. 29. No estudo sobre a causalidade, já na sua introdução geral, o autor assevera, entre outras conclusões que *"... a dificuldade de fazer a prova da causalidade advém muitas vezes da quantidade de varíaveis que têm de ser consideradas no caso particular e que suscitam a intervenção de diferentes saberes científicos para amparar o tribunal na decisão da matéria de facto e de direito."*

decisão final tenha sido tomada por maioria de votos na Sala de Recursos, o precedente indicou avanços em diversos pontos, como a questão da capacidade material do comandante. Por outro lado, o TPI não conseguiu sedimentar parâmetros consensuais sobre questões importantes, como a causalidade, mas o precedente trouxe argumentos e discussões que permitirão desenvolvimento analítico mais maduro desse ponto.

O caso indicou uma evolução no paradigma de revisão da Câmara de Recursos quanto ao exame fático-probatório das decisões da primeira instância, um avanço em termos de segurança jurídica para o TPI. O novo padrão permite aperfeiçoamento da análise probatória, exigindo fundamentação mais segura para casos futuros, com aumento do coeficiente de precisão e da confiabilidade das decisões da Corte. Considerando que a Câmara de Recursos é a última instância decisória do TPI, diferente das estruturas da maioria dos sistemas domésticos, que possibilitam outros recursos para tribunais superiores, a exigência de um padrão de análise mais elevado na revisão dos julgados se mostra acertada.

Outro elemento examinado foi a posição geográfica do comandante, ponto até então não enfrentado. O enfoque dado pelo TPI indicou inexistir distinção substancial entre superiores que estejam atuando de forma remota ou não, mas exigência de um exame factual de acordo com as peculiaridades de cada caso. A posição remota dos superiores não deve ser vista como fator determinante para aferir o nível de obrigações das medidas tomadas por eles, no sentido de que quanto mais remoto, menos o chefe militar detém obrigação de tomar contramedidas. O precedente Bemba definiu que a posição geográfica do comandante deve ser examinada em conjunto com os demais elementos em relação aos crimes dos subordinados, a significar maior rigor na análise factual da culpa.

Com relação às medidas necessárias e adequadas que o superior deve tomar, exigência do art. 28 do ER, o caso *Bemba* confirma que o requisito deve ser examinado segundo o princípio da capacidade material do comandante, pois o agente não pode ser responsabilizado por não realizar o impossível. Ou seja, a observância da capacidade material implica que um superior poderá ser responsabilizado por não tomar as medidas necessárias dentro do seu alcance, ou nas palavras do ER, dentro de seu poder.

O conceito de capacidade material do comandante teve destaque importante em

Bemba. A Câmara de Recursos analisou se as medidas necessárias e razoáveis foram ou não tomadas com relação a sua capacidade material em concreto do arguido, com avaliação da rede de comunicações, estrutura de comando estabelecida, existência de mecanismos de relatórios e posição remota do arguido como comandante-em-chefe para aferir a capacidade de tomar as medidas necessárias para prevenir ou reprimir os crimes ou submeter o assunto às autoridades competentes para investigação e processo.

A Câmara de Recursos identificou limitações impostas à capacidade de Bemba para tomar medidas adequadas e razoáveis pelo fato de que as tropas militares operavam em território estrangeiro e a investigação dos crimes dependia da cooperação das autoridades de outro país, a República Centro Africana, concluindo que *Bemba* não detinha plena capacidade material para investigar e processar eventuais crimes cometidos.

A discussão sobre a causalidade indicou que o padrão adotado pela primeira instância do TPI seria injusto com a defesa, por colocar ônus da prova muito baixo para promotoria. Um simples teste de agravamento de risco poderia abrir a responsabilidade para uma gama de comandantes que tivessem permitido infrações isoladas sem punição, embora não tivessem tolerado cometimento de crimes de guerra no futuro.

A solução proposta no voto do juiz *Eboe-Osuji*, exigindo provas além de uma dúvida razoável, no sentido dos atos subjacentes dos subordinados serem resultado das ações ou omissões do superior, pareceu mais sustentável, com análise de considerações de afastamento do comandante, tanto geográfica quanto temporal, conhecimento pelos subordinados sobre as falhas do superior e a posição de poder do chefe no momento em que os crimes são consumados, com exame abrangente da totalidade dessas e outras circunstâncias.

Enfim, a decisão dividida na Câmara de Recursos do TPI que absolveu *Jean-Pierre Bemba Gombo* trouxe avanços, mas deixou a responsabilidade de comando com pontos ainda sem solução, sendo o tema da causalidade o mais difícil. Critérios mais claros sobre elementos de causalidade para configuração da responsabilidade do superior ainda precisam ser construídos. A definição dessas e outras questões são importantes pois permitem a promotoria coletar evidências com mais objetividade, sem perda de tempo e recursos. Isso também pode contribuir para que as decisões futuras do

TPI tenham mais legitimidade na comunidade internacional.

2. O precedente *3 StR 564/19*[124] do BGH: novo paradigma sobre ausência de imunidade de oficiais militares estrangeiros julgado na Alemanha

Em fevereiro de 2021, o mais alto tribunal criminal da Alemanha, o BGH (*Bundesgerichtshof*), decidiu um caso importante sobre a ausência de imunidade de oficiais militares estrangeiros acusados de crimes de guerra. O BGH rejeitou a tese de imunidade funcional perante o direito internacional consuetudinário em processos penais contra oficiais de países terceiros por crimes de guerra.[125]

Trata-se de um caso oriundo do conflito armado não internacional do Afeganistão, numa guerra interna que começou no final de 2001, entre as forças governamentais afegãs, apoiadas por militares internacionais, e do outro lado, a milícia denominada *Taliban*, apoiada por outros grupos armados naquele país.[126]

O arguido, um ex-militar afegão, serviu como oficial em uma das bases do exército do Afeganistão. De acordo com o processo, entre o final de 2013 e início de 2014, o arguido participou dos maus-tratos e brutalidades contra presos rivais durante os interrogatórios. Com o objetivo de obter informações sobre um líder talibã e sobre esconderijos de armas, houve espancamentos dos prisioneiros. Além disso, o arguido foi filmado a participar da remoção do corpo de um comandante talibã e pendurá-lo num muro de proteção, como uma exibição semelhante a um troféu.

No final do processo, o Tribunal Regional Superior de Munique (*Oberlandesgericht München - OLG*) condenou o arguido por lesões corporais graves e tratamento degradante, dentre outros crimes de guerra. Tanto o arguido como a

---

[124] Cf. Urteil vom 28/01/2021 OLG München, 3 StR 564/19. *Der Bundesgerichtshof*. Disponível em: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=116372&pos=0&anz=1. Acesso em 23/10/2023.

[125] Cf. KREß, Claus, *Anmer kung zu BGH, Urteil vom 28.1.2021- 3 StR 564/19*. Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 21, p. 724

[126] Cf. também WERLE, Gerhard und EPIK, Aziz, em comentários de julgado do BGH sobre outro caso da Síria (VStGB § 8 Abs. 1 Nr. 9.+). BGH, Urteil v. 27. 7. 2017 – 3 StR 57/17 (OLG Frankfurt am Main), in JZ 5/2018, p. 257.

promotoria alemã (*Generalbundesanwalt - GBA*) recorreram desta decisão para o Tribunal de Justiça Federal (*Der Bundesgerichtshof - BGH*). Na decisão do recurso, o BGH deu provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o arguido também por crime de guerra (tortura) e rejeitou o recurso do arguido.

Mas o principal ponto da decisão foi sobre a questão da ausência de imunidade perante tribunais alemães para julgar oficiais militares estrangeiros. Nesse ponto, o BGH decidiu que funcionários de Estados estrangeiros, como os militares, quando ocupam posições hierárquicas subordinadas não têm imunidade funcional perante tribunais alemães e podem ser processados por crimes de guerra, como no caso do precedente.[127]

O BGH não considerou submeter a questão ao Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), e decidiu diretamente a questão da ausência de imunidade para os crimes de guerra, considerando o princípio da jurisdição universal, argumentando e fundamentando a decisão com vários outros precedentes de países europeus que aplicam a regra. A decisão do BGH também cita como argumento os julgamentos de *Nuremberg*, com destaque para o caso *Eichmann*, julgado pelo Supremo Tribunal de Israel[128], em que não houve aplicação de imunidade funcional (*ratione materiae*). O BHG também elencou como argumentos para decidir processos penais estrangeiros conduzidos contra funcionários (antigos) do Estado alemão e japonês por crimes de guerra da Segunda Guerra Mundial.[129]

Essa decisão tomada diretamente pelo BGH foi considerada marco importante para outros processos de crimes de guerra em curso na Alemanha, sobretudo os casos da guerra civil na Síria, por exemplo, outro precedente do Tribunal Regional Superior de Koblenz (OLG), que veremos no próximo tópico. Na Alemenha tem sido frequente os casos oriundos da guerra civil da Síria, porque tanto as vítimas como muitos dos

---

[127] Cf. JEßBERGER, Florian/EPIK, Aziz. *Immunität für Völkerrechtsverbrechen vor staatlichen Gerichten- zugleich Besprechung BGH, Urt. v. 28. Januar 2021 -3 StR 564/19.* Juristische Rundschau (JR) 1, 2022.

[128] Cf. Urt v. 28/01/2021 OLG München, 3 StR 564/19, p. 15.

[129] Cf. EPIK, Aziz. *No Functional Immunity for Crimes under International Law before Foreign Domestic Courts An Unequivocal Message from the German Federal Court of Justice*. Disponível em: Journal of International Criminal Justice 19 (2021), 1263–1281 https://doi.org/10.1093/jicj/mqab071. Acesso em: 23/09/2023.

perpetradores migraram para o país.[130]

3. Jurisdição universal e crimes contra a humanidade: O caso de ex-militar da Síria julgado pelo Tribunal regional superior de Koblenz

A condenação à prisão perpétua de um ex-Oficial da Síria, *Anwar Raslan*, de 58 anos de idade, por crimes contra a humanidade, em janeiro de 2022, pelo Tribunal Superior de Koblenz[131], é considerado um marco sobre a jurisdição universal e responsabilidade de um militar de alta gradução em tribunais da Alemanha, pois o precedente foi baseado no Código Penal Internacional alemão (VStGB). No ano de 2021, o mesmo tribunal já havia condenado o corréu sírio *Eyad A.*, com pena de quatro anos e meio de prisão, por ajuda e cumplicidade nos mesmos tipos de crimes ocorridos no conflito da Síria.[132]

De acordo com processo, o tribunal concluiu estar provado, entre outras coisas, que o arguido *Anwar R.* foi cúmplice no assassinato de 27 pessoas e privação grave da liberdade física de outras 4.000, no âmbito de um ataque extenso e sistemático contra a população civil síria, as quais foram torturadas durante as detenções. Conforme as provas juntadas no processo, o regime sírio realizara ataques sistemáticos contra a população civil a partir do mês de abril de 2011.

No início de 2011, a chamada "Primavera Árabe" se espalhou pela Síria. Conforme as investigações do processo, à medida que os protestos aumentavam, o regime sírio criava estruturas para enfrentar a situação, e foi criado um "Escritório Central de Gestão de Crises". Esse Escritório se reportava diretamente ao Presidente da Síria, *Bashar al-Assad*, que determinou que as forças de segurança deveriam agir contra o movimento de protesto. O objetivo das decisões tomadas pelo Gabinete Central de Gestão de Crises, em abril de 2011, era suprimir os protestos para estabilizar o regime

[130] Cf. KREß, Klaus. *On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law* Disponível em: https://www.justsecurity.org/75596/on-functional-immunity-of-foreign-officials-and-crimes-under-international-law. Acesso em: 25/08/2023.

[131] Urteil v. 13 Januar 2022, Az. 1 StE 9/19, Oberlandesgericht Koblenz.

[132] Urteil v. 24. Februar 2021, Az. 1 StE 3/21, Oberlandesgericht Koblenz.

através do uso das forças armadas. A população em geral e os participantes em manifestações deveriam ser dissuadidos dessas atividades de protestos.[133]

As determinações do "Gabinete Central de Gestão de Crises" foram implementados pelas forças de segurança e, em particular, pelos serviços secretos sírios. Eles dispersaram manifestações de protesto usando armas de fogo letais. Todos os dias eram realizadas detenções de opositores contrários ao regime, que eram levados para as prisões dos serviços secretos, incluindo a prisão do chamado "Departamento 251", setor do Serviço de Inteligência Geral da Síria, em Damasco, capital do país. Os prisioneiros foram presos, maltratados e torturados sem o devido processo legal. A violência não foi usada apenas de forma isolada e aleatória, mas como parte de uma estratégia abrangente do regime contra a população, de acordo com a decisão do processo.

O tribunal concluiu que no período compreendido entre o final de abril de 2011 e o início de setembro de 2012, pelo menos 4.000 presos foram levados para a prisão anexa ao "Subdepartamento de Interrogatório do Destacamento 251 do Serviço Geral de Inteligência Sírio", em Damasco. Durante os interrogatórios, os prisioneiros eram torturados, incluindo espancamentos com choques elétricos. A violência sexual também foi usada para degradar e humilhar os prisioneiros. Os presos também foram sujeitos a maus-tratos por parte do pessoal penitenciário e mantidos em condições desumanas e degradantes na prisão superlotada. Além da violência e da tortura, os prisioneiros foram obrigados a presenciar os gritos de dor, constantemente audíveis, dos companheiros de prisão torturados. Na prisão superlotada, alguns dos prisioneiros não conseguiam dormir, e os cuidados médicos eram negados e a alimentação fornecida era inapropriada. Nesse quadro, 27 pessoas detidas morreram entre o final de abril de 2011 e o início de setembro de 2012 em consequência de tortura, maus-tratos e condições de prisão.

Quanto ao papel do arguido *Anwar R.*, o tribunal concluiu que era membro do Serviço Geral de Inteligência da Síria e ocupava uma posição de destaque (liderança). Foi responsável pelo subdepartamento de interrogatórios do "Departamento 251 do Serviço de Inteligência Geral", da região de Damasco, conhecido como "Departamento

[133] Cf. ABOUELDAHAB Susann, LANGMACK Fin-Jasper. *Minnesota Journal of International Law*. Disponível em: https://minnjil.org/wp-content/uploads/2022/09/Aboueldahab-Langmack_v31_i2_1_34.pdf. Acesso em: 23/09/2023.

Al-Khatib". Nesta função, o arguido era responsável pela prisão anexa ao departamento de interrogatório.

Enquanto chefe do departamento de interrogatório, o arguido foi responsável pelos crimes ali praticados, incluindo os que ocorreram na prisão, entre abril de 2011 e setembro de 2012. Embora o arguido não tenha praticado pessoalmente os atos, estes lhe foram atribuídos com base no seu poder de decisão e comando. Por esse motivo, o tribunal condenou o arguido, entre outros fundamentos, com base na cumplicidade e responsabilidade de comando.[134]

As conclusões do tribunal basearam-se nos depoimentos de testemunhas, incluindo peritos estrangeiros e provas documentais recolhidas. Entre outras provas, uma seleção de fotografias dos chamados "*ficheiros César*", que eram fotografias tiradas por um fotógrafo militar sírio, examinadas e avaliadas por um perito. Além disso, foram introduzidos no processo relatórios de organizações internacionais e de direitos humanos.[135]

O Código Penal Internacional alemão (VStGB) estabelece pena de prisão perpétua tanto para homicídio como para outros crimes correlatos de acordo com o artigo 7.º, n.º 1, n.º 1 do VStGB, dispositivos que o tribunal baseou para o decreto condenatório.

O caso *Anwar R.* foi o primeiro julgado na Alemanha com condenação de um ex-militar estrangeiro de alto escalão. Nesse tipo de crime, seria mais apropriado o julgamento no país em que os fatos ocorreram, mas no caso do regime sírio, no contexto de um conflito armado prolongado, esses delitos dificilmente seriam investigados. Ademais, outros mecanismos, como submeter o caso ao TPI ou a criação de um tribunal *ad hoc* também não seria eficaz. Primeiro porque o Estado sírio não é membro do TPI, e as tentativas de submeter o caso por meio do Conselho de Segurança da ONU, com base no art. 13(b) do Estatuto de Roma,

---

[134] Cf. JUSTICEINFO.net. *Anwar Raslans´s Conviction: The Beginning of a Wider Struggle*. Disponível em: https://www.justiceinfo.net/en/86775-anwar-raslan-conviction-beginning-wider-struggle.html. Acesso em: 11/09/2023.

[135] Cf. EUROPEAN Center for Constitutional and Human Rights. *Weltweit erster Prozess zu Staatsfolter in Syrien vor dem OLG Koblenz*. Disponível em: https://www.ecchr.eu/fall/weltweit-erster-prozess-zu-staatsfolter-in-syrien-vor-dem-olg-koblenz/. Acesso em: 12/09/2023.

restaram vetadas por outros Estados do Conselho, como China e Rússia, sem interesse que o caso fosse levado ao TPI ou mesmo na alternativa de estabelecimento de um tribunal especial *ad hoc*, como já ocorrera na Iugoslávia e Ruanda.[136]

Então, em situações como essas, o mecanismo da jurisdição universal e da responsabilidade de comando, sobretudo nos moldes amplos como previsto no Código Penal Internacional alemão, possibilita que delitos graves, como os crimes contra a humanidade e de guerra, sejam julgados fora do território onde os fatos ocorreram, no caso em questão, na própria Alemanha.

Ou seja, a previsão da jurisdição universal no Código Penal Internacional alemão possibilita o julgamento de crimes graves que ocorrem fora do seu território, independentemente do acusado ou a vítima serem cidadãos alemães, num modelo de jurisdição universal amplo. Há também um contraponto nesse sistema, pois o legislador alemão se preocupou em evitar um número elevado de casos que pudesse chegar aos tribunais, por isso estabeleceu uma regra processual que permite aos procuradores do Ministério Público se absterem de investigar determinados casos, se o investigado não estiver em território alemão. Esse ponto parece ser um mecanismo salutar, embora seja alvo de críticas porque pode permitir interferências políticas, como foi um caso de 2017, em que a procuradoria alemã não deu seguimento à investigação de supostos crimes por parte do ex-secretário de Defesa americano, *Donald Rumsfeld*, relacionados ao tratamento dispensado à prisioneiros de guerra em *Abu Ghraib*, no Iraque, e em *Guantanamo*, Cuba.

O julgamento do ex-Oficial *Anwar R.* é importante pela posição de liderança que ele ocupava no serviço de inteligência sírio, porque restou provado que houve crimes contra a humanidade num contexto de um ataque sistemático contra a população civil, caso que pode também atingir outros investigados de alta patente, inclusive altos funcionáros ligados ao chefe de Estado sírio *Bashar Al-Assad*, o que também poderia ser feito com base na responsabilidade de comando, prevista no Código Penal internacional alemão.

---

[136] Cf. Legal Tribune Online. *Das Weltstrafrecht am Limit*. Disponível em: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/olg-koblenz-1ste919-syrien-folter-assad-voelker-strafrecht-weltrechtsprinzip-vstgb-deserteur-geheimdienst/. Acesso em: 10/09/2023.

O setor competente do Ministério Público alemão para conduzir investigações relacionadas ao Código Penal Internacional é o *Generalbundesanwalt*. Além disso, a polícia criminal federal alemã conta com uma unidade especializada para investigação de crimes internacionais, a *Zentralstelle fur die Bekampfung van Kriegsverbrechen (ZBKV)*[137], que examinaremos mais a frente.

Na alemanha, os procuradores do Ministério Público podem abrir e conduzir as chamadas investigações estruturais, que podem iniciar antes da identificação do acusado ou possível autoria dos crimes graves. Foi assim nesse caso do conflito da Síria, quando o gabinete da *Generalbundesanwalt* obteve acesso aos chamados "*arquivos Cesar*", compostos por aprox. 28.000 fotografias, que documentaram mais de 6.000 cadaveres com marcas de torturas supostamente praticadas pelas forças armadas sírias e seus serviços secretos. Esses elementos de prova subsidiaram o caso *Anwar R.* do Tribunal Superior de Koblenz.[138]

Outro ponto importante do julgado diz respeito à questão da imunidade funcional. Nesse ponto, o tribunal afastou a tese da imunidade funcional, com base em outro importante precedente do Tribunal Federal Alemão (BGH) de 2021.[139]

Mas o julgado do Tribunal Superior de Koblenz também recebeu críticas em alguns aspectos, como a falta de estrutura e proteção de testemunhas e também a questão da ausência de tradução dos atos processuais para o público, que somente foi realizada na fase final de julgamento.[140]

---

[137] Cf. Bundeskriminalamt. *Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen*. Disponível em: https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Aufgabenbereiche/Zentralstellen/ZBKV/zbkv_node.html#:~:text=Die%20%22Zentralstelle%20f%C3%BCr%20die%20Bek%C3%A4mpfung,die%20Abteilung%20Polizeilicher%20Staatsschutz%20integriert. Acesso em: 30/08/2023.

[138] Essas provas também basearam a expedição de uma mandado de prisão, em 2018, contra outro oficial do governo sírio, Jamil H. (ex-Chefe da Divisão de Inteligencia da Força Aérea da Síria), e também a abertura de outro processo contra um médico sírio, Alaa M., acusado de crimes contra a humanidade em dois hospitais militares daquele país. Cf. ABOUELDAHAB Susann, LANGMACK Fin-Jasper. *Minnesota Journal of International Law*. Disponível em: https://minnjil.org/wp-content/uploads/2022/09/Aboueldahab-Langmack_v31_i2_1_34.pdf. Acesso em: 23/09/2023.

[139] Cf. Urteil vom 28/01/2021 OLG München, 3 StR 564/19. *Der Bundesgerichtshof*. Disponível em: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=116372&pos=0&anz=1. Acesso em 23/10/2023.

[140] Cf. ABOUELDAHAB Susann, LANGMACK Fin-Jasper. *Minnesota Journal of International Law*. Disponível em: https://minnjil.org/wp-content/uploads/2022/09/Aboueldahab-

De todo modo, o precedente tem valor significativo para sedimentar o princípio da jurisidição universal e para demonstrar que países terceiros podem contribuir de maneira eficaz com enfrentamento dos crimes internacionais.

4. O caso *Al Bashir* no TPI: imunidade dos chefes de Estados e cooperaçao com o TPI

O caso *Al Bashir*[141] é um precedente significativo porque o primeiro em que o TPI expediu mandado de prisão contra um Chefe de Estado no exercício do cargo, ou seja, a discussão delineia reflexões sobre imunidade e dever de cooperação dos Estados com o TPI.

O resumo do caso é necessário para entender o contexto da situação em que ocorreram os fatos, no Sudão. Desde sua independência, em 1956, o Sudão sofreu com uma guerra civil entre vários grupos étnicos. Após relativa pacificação entre o norte e o sul do país, em 2003, o conflito direcionou-se para a região de Darfur, no leste do país, na qual um governo de maioria árabe estabelecido voltou-se contra outras etnias (*Fur*, *Masalit e Zagawa*), atacando a população civil através de milícias paramilitares, apoiadas pelo exército sudanês. Desde o início do conflito, mais de dois milhões e meio de pessoas foram expulsas de suas casas e internadas em campos, submetidas a assassinatos e estupros coletivos, além de padecerem de fome e doenças.

Em 31 de março de 2005, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a Resolução nº 1593, a qual denunciou ao Procurador do Tribunal Penal Internacional a situação em Darfur.[142] O Procurador recebeu para análise a documentação de uma comissão da ONU encarregada de examinar os fatos, iniciando formalmente as investigações em 6 de junho de 2005. Em 27 de abril de 2007, o Tribunal emitiu mandados de prisão contra dois cidadãos sudaneses, *Ahmad Muhammad Harun* e *Ali*

Langmack_v31_i2_1_34.pdf. Acesso em: 23/09/2023.

[141] Cf. ICC-02/05-01/09. *Al Bashir Case, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir. Acesso em: 20/10/2023.

[142] Cf. United Nations Security Council. *Security Council refers situation in Darfur, Sudan, to Prosecutor of International Criminal Court*. Disponível em: http://www.un.org/press/en/2005/sc8351.doc.htm. Acesso em: 30/08/2023.

Mohammed Kushayb, líderes políticos ligados ao governo do Sudão, acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, somando 51 condutas criminosas que incluiam homicídio, extermínio, estupro, tortura, pilhagem de aldeias, transferência forçada de civis e destruição de propriedade privada.

Desde então, a conduta do governo sudanês restou pautada pela não-cooperação com o TPI, com apoio aos investigados e acusados de crimes naquele país. O Decreto Presidencial n. 114/06 do governo sudanês concedeu uma anistia geral sem especificar quais os crimes em que tal benesse seria aplicada, a garantir a impunidade dos perpetradores das atrocidades. Nesse sentido, o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU relatava, em julho de 2006, que as estruturas sudanesas especialmente criadas para tratar dos crimes em Darfur, como as Cortes Penais Especiais, estavam continuamente a falhar em realizar a justiça e processar os comandantes de alto escalão responsáveis pelas ofensas aos direitos humanos. E em 5 de dezembro de 2007, o então Procurador do Tribunal Penal Internacional, *Luis Moreno Ocampo*, relatou que o governo do Sudão negava-se a cumprir os mandados de prisão expedidos, inclusive mantendo um dos acusados cujo mandado de prisão foi expedido, *Ahmad Muhammad Harum*, como Ministro dos Assuntos Humanitários. Desafiava, assim, o Tribunal, o Conselho de Segurança da ONU e a comunidade internacional, enquanto os massacres avançavam com milhares de mortos, sem a adoção de medidas mais efetivas para enfrentar a crise humanitária que ali ocorria.[143]

Em 5 de junho de 2008, o Procurador do TPI relatou que o Sudão recusava-se a cumprir os termos da Resolução ONU nº. 1593 e que as provas demonstravam que todo aparato estatal encontrava-se envolvido no cometimento dos crimes. Em 14 de julho de 2008, o Procurador solicitou à Câmara de Pré-Julgamento do TPI que emitisse um mandado de prisão contra *Omar Hassan Ahmad al-Bashir*, então presidente do Sudão, por crimes de guerra, crimes contra a humanidade e pelo crime de genocídio, por ter executado um plano com o objetivo de destruir parte substancial das etnias *Fur, Masalit e Zagawa*.

Em 4 de março de 2009, a Câmara de Pré-Julgamento do Tribunal Penal

[143] Cf. United Nations. *Darfur facing even greater horror*. Disponível em: https://www.un.org/africarenewal/magazine/october-2006/darfur-facing-even-greater-horror. Acesso em: 20/08/2023.

Internacional expediu mandado de prisão contra *Omar Hassan Ahmad al Bashir*, argumentando que existiam fundamentos relevantes para acreditar que o Presidente do Sudão era responsável por apoiar e incentivar a prática de crimes de guerra (ordenar ataques intencionais à população civil e pilhagem de aldeias) e crimes contra a humanidade (assassinatos, imposição a populações de condições críticas de sobrevivência, transferência forçada de populações, tortura e estupro).[144]

Para o Tribunal Penal Internacional, a questão das imunidades sempre foi um tema central, visto que na maioria dos casos, os crimes sob sua competência são cometidos por funcionários do Estado agindo de acordo com ordens de pessoas que se encontram protegidas por imunidades em razão do exercício do cargo que ocupam ou função que desempenham, ou gozam do direito de um foro especial para o julgamento de seus crimes, o que geralmente pode significar a impunidade. Assim, o TPI expediu o mandado de prisão contra o então chefe de Estado sudanês e requereu a cooperação internacional para efetivá-lo.

Esse precedente levantou discussão da questão da cooperação dos Estados partes do TPI para a detenção do arguido. Podemos citar como exemplo a situação do Brasil, que ainda não tinha e não tem norma interna sobre a cooperação jurídica baseada no ER. O TPI solicitou oficialmente apoio ao Brasil para captura e entrega do arguido em caso de viagem ao território brasileiro, sendo o pedido do TPI examinado preliminarmente pela Suprema corte brasileira[145], com o caso posteriormente arquivado pelo Supremo Tribunal Federal, sem exame do mérito do pedido (embora com importantes reflexões sobre o tema), em razão do arguido se encontrar preso no seu país por ordem de um tribunal sudanês, e com idade avançada.[146]

---

[144] Cf. ICC-02/05-01/09. *Al Bashir Case, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir. Acesso em: 20/10/2023.

[145] Cf. STF. *Supremo recebe pedido de detenção e entrega do atual presidente do Sudão*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=111251&ori=1. Acesso em: 18/10/2023.

[146] Cf. Decisão da Ministra Rosa Weber na Petição 4625-STF: *'20. Assim, por serem igualmente incompetentes esta Suprema Corte e a Corte Superior, e fundar-se, o presente pedido de cooperação, em disposição de tratado internacional, firmado entre o Brasil e Estados estrangeiros, entendo emergir a competência do Juiz Federal de primeiro grau, forte no art. 109, inciso III, da Constituição Federal. 21. Nada obstante, o advento da prisão de Omar Hassan Al Bashir em seu país de origem, no curso deste processo, constitui fato superveniente que repercute sobre o interesse processual do peticionante. Afinal, a custódia do requerido sob a jurisdição do Sudão torna o pedido de sua detenção em território*

Abaixo transcreve-se a ementa do despacho do então Ministro do STF, Celso de Mello, relator inicial da demanda na corte suprema brasileira:

> *"EMENTA: ESTATUTO DE ROMA. INCORPORAÇÃO DESSA CONVENÇÃO MULTILATERAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO BRASILEIRO (DECRETO Nº 4.388/2002). INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. CARÁTER SUPRA-ESTATAL DESSE ORGANISMO JUDICIÁRIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE (OU DA SUBSIDIARIEDADE) SOBRE O EXERCÍCIO, PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, DE SUA JURISDIÇÃO. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E AUXÍLIO JUDICIÁRIO: OBRIGAÇÃO GERAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS PARTES DO ESTATUTO DE ROMA (ARTIGO 86). PEDIDO DE DETENÇÃO DE CHEFE DE ESTADO ESTRANGEIRO E DE SUA ULTERIOR ENTREGA AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, PARA SER JULGADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E DE GUERRA. SOLICITAÇÃO FORMALMENTE DIRIGIDA, PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, AO GOVERNO BRASILEIRO. DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA ENTREGA ("SURRENDER") E DA EXTRADIÇÃO. QUESTÃO PREJUDICIAL PERTINENTE AO RECONHECIMENTO, OU NÃO, DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA EXAMINAR ESTE PEDIDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS EM TORNO DA COMPATIBILIDADE DE DETERMINADAS CLÁUSULAS DO ESTATUTO DE ROMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O § 4º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, INTRODUZIDO PELA EC Nº 45/2004: CLÁUSULA CONSTITUCIONAL ABERTA DESTINADA A LEGITIMAR, INTEGRALMENTE, O ESTATUTO DE ROMA? A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO NA BUSCA DA SUPERAÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE O ESTATUTO DE ROMA E AS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS. A QUESTÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DO CHEFE DE ESTADO EM FACE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: IRRELEVÂNCIA DA QUALIDADE OFICIAL, SEGUNDO O ESTATUTO DE ROMA (ARTIGO 27). MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. ALTA RELEVÂNCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE DIVERSAS QUESTÕES SUSCITADAS PELA APLICAÇÃO DOMÉSTICA DO ESTATUTO DE ROMA. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA."*[147]

Com efeito, tradicionalmente as imunidades dos chefes de Estado foram observadas no Brasil como uma regra geral e baseada no costume internacional.

---

brasileiro materialmente inexequível, implicando a perda superveniente do objeto da ação'. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691069. Acesso em: 20/10/2023.

[147] Cf. Supremo Tribunal Federal. *Petição 4625-STF*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691069. Acesso em: 20/10/2023.

Todavia, no caso de pedido de detenção por parte do TPI, por crimes graves, pode-se afirmar que não haveria conflito entre as normas de imunidades vigentes no Brasil e o acatamento do pedido de cooperação do Tribunal.

Primeiro, é preciso verificar se alguma norma brasileira contempla situação de imunidade para o arguido *Omar al Bashir*, como um Chefe de Estado. A Constituição brasileira somente prevê foro especial e imunidades para as mais altas autoridades nacionais, Presidentes da República, Presidentes das Casas Legislativas e parlamentares, Ministros da suprema corte, conforme artigo 52, I, 53 e art. 102, I, da Constituição[148]. Ou seja, em relação ao pedido de cooperação do Tribunal quanto à prisão e entrega de Chefe de Estado estrangeiro não caberia a invocação da Constituição Federal, haja vista que sua imunidade não se encontra contemplada no âmbito de incidência das normas da Carta magna brasileira. Assim, a questão da imunidade do arguido *Omar al Bashir* ou outro chefe de Estado investigados pelo TPI deveria ser analisada sob o ponto de vista do direito internacional, plano no qual o pedido de cooperação se apresentou.[149]

Para o Direito Internacional existem duas categorias de imunidades. As imunidades funcionais (*ratione materiae*), que protege funcionários de um Estado da persecução por Estados estrangeiros por atos oficiais e soberanos (*acta iure imperii*). De outro lado há as imunidades pessoais (*ratione personae*), que são aplicáveis aos cargos máximos e altos representantes dos Estados soberanos, como Chefes de Estados, Chefes de Governo e Ministros de Negócios Estrangeiros.

No caso dos Chefes de Estado no exercício do cargo, suas imunidades são oponíveis aos demais Estados soberanos, sem restrição (relações horizontais entre Estados). Mas em relação aos tribunais internacionais, como no caso do TPI, há uma relação vertical (Estados x TPI), havendo limitação dessa imunidade.

Embora o Brasil reconheça a imunidade de Chefes de Estado estrangeiros, especialmente em viagens oficiais, isso decorre de norma costumeira, que se refere ao direito de representação dos Estados. Este costume, todavia, pressupõe a regularidade

---

[148] Cf. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30/10/2023.

[149] AMBOS, Kai. *La guerra em Ucrania. Entre el Derecho (Penal) Internacional y la (doble) moral*. Editores del Sur. 2022, pp. 69-71.

da situação jurídica destes Chefes de Estado. No caso específico em que exista a atuação da jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional, vinculada a uma Resolução do Conselho de Segurança da ONU, aplica-seo artigo 27 do Estatuto de Roma, do qual o Brasil é Estado parte, tendo ratificado esse diploma internacional:

> ***"Artigo 27: Irrelevância da Qualidade Oficial.***
>
> *1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo para redução de pena.*
>
> *2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa."*

Não caberia, portanto, a invocação de uma norma costumeira internacional de imunidade como escusa do cumprimento da obrigação jurídica assumida pelo Estado brasileiro ou outro Estado parte do ER perante o Tribunal Penal Internacional.

Contra esta interpretação seria possível argumentar que a Corte Internacional de Justiça, no julgado do Caso *Yerodia*[150], reafirmara as imunidades funcionais previstas na regra costumeira em detrimento do Direito Internacional Penal. É importante afirmar, entretanto, que o argumento não seria aplicável a uma obrigação assumida perante o Tribunal Penal Internacional (relação vertical entre Estados e TPI).[151]

No Caso *Yerodia*, a Corte Internacional de Justiça condenou a Bélgica por não

---

[150] Cf. International Court of Justice. *Democratic Republic of the Congo v. Belgium Judgment, 14 February 200*. Disponível em: https://www.icj-cij.org/case/121/judgments. Acesso em 10/08/2023.

[151] Cf. PAYER, Andrés. *The Territorial Principle as a Basis for State Criminal Jurisdiction: Particularly with Regard to Cross-Border Offences and Attempts, and to Multiple Parties to an Offence Acting in Different Countries*. International Criminal Law Review 23 (2023) 175–238.

respeitar a imunidade do Ministro das Relações Exteriores do Congo, ao emitir um mandado de prisão internacional devido a uma acusação de crimes de guerra. Este julgado da Corte Internacional de Justiça, contudo, não é adequado como precedente a um padrão de conduta que um Estado parte do ER deveria seguir perante pedidos de cooperação do Tribunal Penal Internacional. O julgado da CIJ diz respeito a uma prisão preventiva expedida por um juiz belga com base em uma Lei belga do ano de 1993, na qual o Estado detinha competência universal para julgar crimes internacionais, permitindo ao judiciário julgar crimes em relação aos quais não tivesse nenhuma conexão, mesmo com o arguido fora do território belga (*in absentia*). A decisão da Corte Internacional de Justiça reafirma a igualdade soberana entre os Estados (relações horizontais, no caso Congo e a Bélgica) e o costume internacional de respeitar a imunidade de indivíduos que os representam. No entanto, como mencionado, este julgado da Corte Internacional de Justiça não é extensivo ou aplicável à jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional.[152]

A Corte Internacional de Justiça indicou, nesse precedente, que a imunidade da jurisdição gozada por ministros de Negócios Estrangeiros não se estende a procedimentos criminais perante tribunais penais internacionais que sobre elas tenham jurisdição.

O julgado do caso *Yerodia*, portanto, não tratou da limitação da imunidade estabelecida pelo Estatuto de Roma, nem das relações de cooperação entre o Tribunal Penal Internacional e seus Estados Partes. Seu foco foi o conceito de competência universal sobre crimes internacionais que alguns Estados lhes reservaram de forma unilateral, com restrição das imunidades de Chefes de Estado e Ministros de Negócios Estrangeiros no exercício do cargo (relação horizontal).[153]

Como visto, o Brasil ratificou o Estatuto de Roma e o seu artigo 27 tornou-se uma regra de exceção a um costume geral de se conceder a imunidade dos Chefes de Estado. Em vista disso, o Estado brasileiro não poderia se furtar à colaboração com o

[152] Cf. International Court of Justice. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, 14 February 2002, I.C.J. Reports 2002*. Disponível em: https://www.icj-cij.org/case/121. Acesso em 10/08/2023.

[153] FLORIAN, Held. *The ICC's Al Bashir jurisprudence over the last decade: enforcer of the will of States Parties or of a global jus puniendi?* Disponível em: https://www.elgaronline.com/view/journals/cilj/10-1/cilj.2021.01.03.xml. Acesso em: 25/10/2023.

Tribunal Penal Internacional alegando imunidade do *arguido Omar al Bashir* como Chefe de Estado estrangeiro. Essa interpretação do TPI é no sentido de que os Estados partes atuam em nome da Corte, por isso não caberia a imunidade no caso.[154]

IX. Os conflitos armados na Ucrânia e no Oriente Médio

Os dois maiores conflitos militares atuais desafiam o direito penal internacional, principalmente por envolverem Estados importantes no cenário geopolítico internacional, como Rússia e Israel. Além disso, esses dois Estados (Rússia e Israel) não são partes do Estatuto do TPI. Os dois outros envolvidos, Ucrânia e Palestina também tem situações especiais, a Ucrânia aceitou a adesão ao Estatuto de Roma de forma ocasional (*ad hoc*) e a Palestina aderiu ao Estatuto mas enfrenta questionamentos quanto ao seu reconhecimento como Estado soberano perante a comunidade internacional.

Tudo isso dificulta o cumprimento das normas de direito internacional e também facilita o cometimento de crimes de guerra e outros delitos graves. Além disso, a própria legitimidade dos países ocidentais e do TPI são questionadas em razão de anteriores descumprimentos de normas internacionais por Estados ocidentais.[155]

1. O conflito na Ucrânia e a responsabilidade de comando

A guerra da Ucrânia, após a invasão pela Rússia em fevereiro de 2022, é considerado um dos maiores conflitos militares depois da Segunda Guerra Mundial[156], sobretudo por envolver uma potência nuclear (Rússia), que é membro permanente do

---

[154] Cf. KRESS, Claus in: Ambos, Kai. *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*. Beck, Hart & Nomos, 2022.

[155] Cf. AMBOS, Kai. *La guerra em Ucrania. Entre el Derecho (Penal) Internacional y la (doble) moral*. Editores del Sur. 2022, pp. 25 e ss.

[156] Cf. UNHCR: *Ukraine, other conflicts push forcibly displaced total over 100 million for first time*. Disponível em: https://www.unhcr.org/news/news-releases/unhcr-ukraine-other-conflicts-push-forcibly-displaced-total-over-100-million. Acesso em 23/09/2023.

Conselho de Segurança das Nações Unidas.[157]

As consequências desse conflito para o direito penal internacional são significativas, por terem implicações em variados pontos, como a responsabilidade de comando quanto aos possíveis crimes de guerra, com relação à questão das imunidades dos governantes e outros altos oficiais dos Estados envolvidos, além da discussão da possibilidade de atuação (competência) ou não do Tribunal Penal Internacional.

Após o início do conflito, surgiram indícios de crimes de guerra no território ucraniano por parte das tropas russas. Com isso vários países europeus, aproximadamente 43 Estados partes do Estatuto de Roma solicitaram à Promotoria do Tribunal Penal Internacional uma investigação sobre crimes de guerra na Ucrânia.[158]

Conforme mencionado, a responsabilidade de comando é um instrumento importante para que eventuais crimes graves possam ser examinados no Tribunal Penal Internacional ou em outra instância de algum tribunal especial que possa ser criado futuramente. Em conflitos dessa estatutura, normalmente os líderes ou superiores, civis ou militares, invocam a imunidade, então, com a responsabilidade de comando pode ser possível a responsabilização dos chefes de governo ou outros agentes do alto escalão, em razão de que, no âmbito dos tribunais internacionais, a jurisprudência se inclina a afastar as imunidades nesses casos (relação vertical entre tribunais internacionais e Estados).

O conflito na Ucrânia também surge num momento crucial de reafirmação da legitimidade do Tribunal Penal Internacional, objeto de críticas da comunidade internacional, em razão da maioria dos seus casos serem oriundos de países do

---

[157] Após a "Revolução da Dignidade" na Ucrânia em 2014, a Rússia anexou a região da Crimeia, enquanto as forças separatistas apoiadas pelo governo russo tomaram parte da região do Donbas no sudeste da Ucrânia. Desde o início de 2021, um aumento de presença militar russa ficou patente ao longo da fronteira Rússia-Ucrânia. Os Estados Unidos e outros países acusaram a Rússia de planejar uma invasão da Ucrânia, embora as autoridades russas repetidamente negassem que tinham tal intenção. Durante a crise, o presidente russo Vladimir Putin descreveu a ampliação da OTAN como uma ameaça à segurança de seu país, uma afirmação que a OTAN rejeita, e o governo russo exigiu que a Ucrânia fosse permanentemente impedida de ingressar na OTAN. Putin também questionou o direito de existir da Ucrânia. Antes da invasão, tentando fornecer apontar uma causa para a guerra, Putin acusou a Ucrânia de cometer "genocídio" contra seus cidadãos que falam o idioma russo, o que foi amplamente descrito como falso e infundado. Cf. Global Conflict Tracker. Disponível em: https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/conflict-ukraine. Acesso em: 25/09/2023.

[158] Cf. AMBOS, Kai. *La guerra em Ucrania. Entre el Derecho (Penal) Internacional y la (doble) moral*. Editores del Sur. 2022.

continente africano.

O grande desafio em relação ao TPI é sobre a sua jurisdição e competência, eis que Rússia não é um Estado parte do Estatuto de Roma, e nem mesmo a Ucrânia. Todavia, no caso da Ucrânia, o país aceitou e reconheceu a competência do TPI desde o ano de 2013, quando da invasão da Criméia pela Rússia, de maneira que a Corte tem competência para os crimes cometidos em território ucraniano, de acordo com o art. 12 (3) do Estatuto de Roma, com exceção do crime de agressão.[159]

O Estatuto de Roma estabelece três formas para a jurisdição do TPI ser ativada. Primeiro, quando um Estado Parte denunciar ao Procurador situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes de competência da corte; outra possibilidade é quando o Conselho de Segurança da ONU, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido crimes graves; ou se o Procurador tiver dado início a um inquérito sobre um crime internacional, nos termos do disposto no artigo 15 do Estatuto de Roma.

Com relação à possibilidade de Conselho de Segurança da ONU iniciar algo na situação da guerra Ucrânia, tal hipótese se mostrou remota, em vista de que a Rússia, como membro permanente do Conselho de Segurança, tem opção de veto, como ocorreu no ano de 2022.[160] Por outro lado, em razão da Ucrânia não ser um Estado parte do Estatuto, a opção para ativar a jurisdição precisaria partir da procuradoria do TPI, com uma investigação preliminar que passasse pela Sala de Investigações Preliminares do TPI. Mas no caso da guerra da Ucrânia, dada a repercussão do conflito, mais de quarenta Estados partes do TPI apresentaram pedido para investigação de crimes de guerra no seu território, caminho também possível no Estatuto de Roma para iniciar uma investigação.

As investigações de possíveis crimes na Ucrânia já estava com um pedido

---

[159] Cf. ICC-01/22. *Situation in Ukraine, Jurisdiction in the general situation*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine. Acesso em: 15/10/2023.

[160] Cf. United Nations. *With Invasion of Ukraine, Security Council's 2022 Efforts to Maintain International Peace, Stability Mired by Widening Rifts between Veto-Wielding Members*. Disponível em: https://press.un.org/en/2023/sc15172.doc.htm. Acesso em: 15/09/2023.

formulado desde 2014, por iniciativa da procuradoria do TPI naquele momento, após a anexação da Criméia pela Rússia, mas ainda passaria pelo crivo da Sala Preliminar do TPI; com o pedido posterior de investigação de vários Estados partes, não foi necessária a submissão do pedido perante a Sala de Investigações Preliminares. Assim, a Procuradoria do TPI instaurou uma investigação formal para os fins do art. 53 (1) do Estatuto de Roma, com base no pedido desses Estados partes, apenas para crimes de guerra nesse primeiro momento.[161]

Com relação ao possível crime de agressão por parte da Rússia, previsto no novo art. 8 (*bis)* e art. 15 (*bis*) do Estatuto de Roma (Conferência de Kampala), o TPI somente pode exercer jurisdição se o Conselho de Segurança da ONU remeter a situação ao TPI ou se os dois Estados (agressor e vítima) forem Estados partes, o que não é o caso da Rússia.[162]

Na primeira fase das investigações na Ucrânia, a Procuradoria do TPI busca elementos de provas para os processos futuros na Corte, e também para subsidiar pedidos de detenção, os quais são expedidos pelo TPI com base no art. 58 (1) e 61 (5) do Estatuto.

De fato, em março de 2023, o Tribunal Penal Internacional emitiu mandados de detenção contra o presidente da Rússia, *Vladimir Putin*, e *Maria Lvova-Belova*, funcionária russa e coordenadora da ações de "adoção" em massa de crianças ucranianas. Ao emitir os mandados, o TPI afirmou ter motivos razoáveis para acreditar que os arguidos *Putin* e *Lvova-Belova* são criminalmente responsáveis pelos crimes de guerra de deportação ilegal e transferência ilegal de crianças da Ucrânia ocupada para a Rússia (ao abrigo dos artigos 8 (2) (a) (vii) e 8 (2) (b) (viii) respectivamente, do Estatuto de Roma).[163]

A Procuradoria do TPI sustentou que *Putin* e *Lvova-Belova* cometeram crimes de guerra ao deportar ilegalmente crianças da Ucrânia para a Rússia, sendo que a Sala

---

[161] Cf. Cf. AMBOS, Kai. *La guerra em Ucrania. Entre el Derecho (Penal) Internacional y la (doble) moral*. Editores del Sur. 2022, p. 64.

[162] Cf. Zimmermann, Andreas/Freiburg-Braun, Elisa, in AMBOS, Kai. *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-By-Article Commentary*. Beck/Hart, 2022, pp. 899 e 927.

[163] Cf. International Criminal Court. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and. Acesso em: 28/11/2023.

de Investigações do TPI aceitou o pedido e determinou a expedição dos mandados. Foi a primeira vez que o TPI emitiu um mandado de detenção para um alto chefe de Estado cujo país que faz parte do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Nesse quadro e considerando que outras potências mundiais, como Estados Unidos e China, também são membros permanentes do CSNU e não são partes no Estatuto de Roma, as dificuldades para cumprimento da medida de prisão são consideráveis, embora cada um dos 123 Estados partes do TPI possam e devam dar cumprimento ao mandado, conforme já mencionado, inobstante as variadas discussões sobre a obrigatoriedade dessa cooperação.

Os mandados do TPI especificam que a arguida *Lvova-Belova* é alegadamente portadora de responsabilidade criminal nos termos do Artigo 25(3)(a) do Estatuto de Roma, como perpetradora dos crimes por ter cometido os atos diretamente, em conjunto com outros e/ou através de outro, e *Putin* é acusado de assumir responsabilidade ao abrigo da mesma disposição – Artigo 25(3)(a) e também de acordo com a previsão da responsabilidade de superior, nos termos do Artigo 28(b) do Estatuto.

Conforme visto, um superior civil pode ser responsabilizado quando "ignorou conscientemente informações que indicavam claramente" que os seus subordinados estavam a cometer ou estavam prestes a cometer um crime da competência do Tribunal. Apesar da absolvição de *Jean-Pierre Bemba Gombo* pela Câmara de Apelações do TPI em 2018, conforme já visto, a responsabilidade superior pode ser um caminho importante para prosseguir a responsabilização dos líderes de alto escalão.

2. O conflito no Oriente Médio e a responsabilidade de comando

Além dos mandados de prisão já expedidos e em vigor contra o arguido *Putin* (Rússia) e uma oficial russa no conflito da Ucrânia, recentemente o procurador do TPI também requereu à Corte a expedição de mandados de prisão no cenário do conflito do oriente médio.

A investigação de crimes no território da Palestina já tinha sido aceita pelo TPI desde o ano de 2021, quando a Câmara de Pré-Julgamento do TPI examinou um pedido da promotoria do TPI em relação aos possíveis crimes ocorridos no ano de 2014 nos

territórios ocupados por Israel.[164]

Mas o conflito na Palestina teve um capítulo mais grave após o ataques do grupo palestino *Movimento de Resistência Islâmica "Hamas"* no território israelense no mês de outubro de 2023, o que acarretou o agravamento da guerra no oriente médio.

A questão da competência do TPI no conflito árabe-israelense evolve uma questão prévia importante sobre o reconhecimento internacional da Palestina como estado soberado, principalmente por implicar questões com carga política muito forte. Mas isso acabou sendo superado pelo TPI, que decidiu ter competência para examinar o caso.[165]

Então, com a escalada do conflito na Palestina, a procuradoria do TPI requereu à Câmara de Pré-Julgamento do TPI a prisão do primeiro-ministro de Israel, *Benjamin Netanyahu*, e seu ministro da Defesa, *Yoav Gallant*, assinalando responsabilidade por alegados crimes de guerra e contra a humanidade na Faixa de Gaza e em Israel por ambos os lados da guerra.[166]

Com relação aos arguidos da parte da Palestina, a Procuradoria do TPI disse ter motivos razoáveis, com base nas evidências coletadas, para acreditar que *Yahya Sinwar* (Chefe do Movimento de Resistência Islâmica "Hamas" na Faixa de Gaza), *Mohammed Diab Ibrahim al-Masri* (Comandante-em-Chefe da ala militar do Hamas), e *Ismail Haniyeh* (Chefe do Escritório Político do Hamas) têm responsabilidade criminal pelos crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos no território de Israel e do Estado da Palestina (na Faixa de Gaza), ocorridos a partir do mês de outubro de 2023.

Segundo a Procuradoria do TPI, os crimes de guerra foram cometidos no contexto de um conflito armado internacional entre Israel e Palestina, e um conflito armado não internacional em paralelo. Alegadamente, segundo a promotoria, são crimes contra a humanidade em ataque generalizado e sistemático contra a população civil de

---

[164] Cf. ICC-01/18. Decision on the *'Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine'*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/18-143. Acesso em: 22/03/2024.

[165] Cf. AMBOS, Kai. *La frágil competência de la Corte Penal Internacional para crímenes em Palestina*, *in* La guerra em Ucrania. Entre el Derecho (Penal) Internacional y la (doble) moral. Editores del Sur. 2022

[166] Cf. Nações Unidas. *TPI busca mandados de prisão contra líderes israelenses e do Hamas*. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2024/05/1831876. Acesso em: 21/05/2024.

Israel pelo grupo *Hamas*. Além disso, segundo a promotoria, há motivos razoáveis para acreditar que os 3 arguidos são criminalmente responsáveis pela morte de civis israelenses em ataques perpetrados pelo *Hamas* e outros grupos armados em 7 de outubro de 2023 e pela tomada de centenas de reféns.

Na situação, os arguidos são acusados tanto como coautores quanto como superiores, de acordo com os artigos 25 e 28 do Estatuto de Roma, ou seja, com possibilidade dos chefes e superiores responderem com base na responsabilidade de comando. De outro lado, a promotoria do TPI alega que há motivos sérios para acreditar que reféns tomados de Israel foram mantidos em condições desumanas, e que alguns foram submetidos à violência sexual, incluindo estupro, enquanto mantidos em cativeiro, com base em elementos de provas colhidas, como registros médicos, evidências de vídeo e documentário, e entrevistas com vítimas e sobreviventes.

Quantos aos arguidos da parte de Israel, a promotoria também requereu os mandados de prisão e indicou que há motivos sustentáveis para acreditar que *Benjamin Netanyahu*, Primeiro-Ministro de Israel, e *Yoav Gallant*, Ministro da Defesa de Israel, são responsáveis criminalmente pelos crimes de guerra e crimes contra a humanidade previstos no Estatuto de Roma, cometidos no território do Estado da Palestina (Faixa de Gaza) desde outubro de 2023.

A promotoria do TPI sustentou que os crimes de guerra do lado de Israel foram cometidos no contexto de um conflito armado internacional entre Israel e Palestina, e um conflito armado não internacional em paralelo. Alegou ainda que os crimes contra a humanidade foram cometidos como parte de um ataque generalizado e sistemático contra a população civil palestina. A promotoria alegou também que esses atos foram cometidos como parte de um plano comum para usar a fome como método de guerra e outros atos de violência contra a população civil de Gaza como um meio de (i) eliminar o grupo *Hamas*; (ii) garantir o retorno dos reféns que o Hamas sequestrou e (iii) punir coletivamente a população civil de Gaza, que eles percebiam como uma ameaça a Israel.

No caso dos dois arguidos de Israel (*Netanyahu* e *Gallant*), a promotoria também imputa os delitos tanto como coautores quanto como superiores, de acordo com os artigos 25 e 28 do Estatuto de Roma, ou seja, com base na responsabilidade de

comando.[167]

A procuradoria do TPI sustenta que Israel, como todos os Estados, tem o direito de tomar medidas para defender sua população, mas isso não isenta da obrigação de cumprir o direito humanitário internacional e que a fome como método de guerra e a negação de ajuda humanitária constituem ofensas ao Estatuto de Roma.

Ao apresentar os pedidos de mandados de prisão, a promotoria se baseou também na decisão da Câmara Pré-Julgamento do TPI, que em 2021 decidiu que o Tribunal pode exercer sua jurisdição criminal na situação do Estado da Palestina e que o escopo territorial dessa jurisdição se estende as regiões de Gaza e Cisjordânia, incluindo o território de Jerusalém oriental. Nessa decisão o TPI reforçou que sua jurisdição também engoloba crimes cometidos por cidadãos de Estados Partes e por cidadãos de Estados não Partes no território de um Estado Parte no Estatuto de Roma.

3. A controvérsia sobre as imunidades dos chefes de Estado em relação ao TPI

Mas a principal questão jurídica em relação aos mandados de prisão do TPI, tanto do presidente russo quanto do primeiro-ministro israelense, é sobre a imunidade de chefes de Estado. Conforme já delineado, a questão das imunidades são de duas espécies, imunidade pessoal (*ratione personae*), atinentes aos representantes máximos dos Estados, como chefes de Estado, chefes de Governo e Ministros de Negócios Estrangeiros, e a imunidade funcional (*ratione materiae*), esta atinente aos atos soberanos de Estados (*acta iure imperii*).

Os arguidos *Putin* ou *Netanyahu* não poderiam ser processados em tribunais nacionais de países terceiros porque o direito internacional lhes confere imunidade de chefes de Estado. O direito internacional costumeiro tem reconhecido que Chefes de Estado possuem imunidade *ratione personae*, de forma a impedir que outro país exerça sua jurisdição sobre o chefe de Estado no exercício do cargo. Mas parte significativa da doutrina entende que a imunidade pessoal é limitada em relação aos crimes

[167] Cf. International Criminal Court. *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine*. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state. Acesso em: 21/05/2024.

internacionais, sobretudo com base no Estatuto de Roma (relações verticais).

Como visto, o artigo 27 do Estatuto de Roma estabelece regra afastando a aplicação das imunidades atreladas a qualidade oficial do investigado perante o TPI. Entretanto, o artigo 98 (1) do mesmo Estatuto aparenta conter uma exceção a essa regra geral, que fomenta variadas discussões na doutrina.[168]

De acordo com o art. 98 (1) do ER, o Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido tivesse que atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtivesse, previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

Numa leitura liminar, o artigo 98(1) poderia ser interpretado como uma exceção de que as imunidades dos agentes oficiais de Estados não parte do Estatuto de Roma (tal como a Rússia e Israel) seriam oponíveis ao TPI e aos Estados partes em seus atos de cooperação com o Tribunal. Nesse sentido, o TPI não poderia exigir de qualquer Estado, seja parte ou não do Estatuto de Roma, o cumprimento dos mandados de prisão contra os arguidos até que voluntariamente seus países suspendesse as suas imunidades.

Mas essa linha de interpretação do artigo 98(1), que limitaria sobremaneira a jurisdição do TPI, foi afastada no julgamento do Juízo de Recursos do Tribunal no caso *Al-Bashir*, examinado anteriormente. Nessa decisão, o Juízo de Recursos do TPI assentou que as imunidades desse jaez não são oponíveis em face do Tribunal, mesmo em relação aos demais Estados partes do Estatuto. A decisão enfatizou que as imunidades oficiais operam apenas no contexto das relações entre os Estados (relações horizontais). Com base no artigo 27 do Estatuto de Roma, o TPI argumentou que as imunidades não se aplicam em face de tribunais internacionais (relações verticais). O Juízo de Recursos justificou na decisão que ‘não há prática estatal nem *opinio juris* que apoie a existência de imunidade de Chefe de Estado sob o direito internacional

[168] Cf. CHORAKIS, Andreas. *The ICC’s Arrest Warrant Against Putin: A Grenade Against Peace in Ukraine?* Harvard International Law Journal. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/2023/11/the-iccs-arrest-warrant-against-putin-a-grenade-against-peace-in-ukraine/. Acesso em: 23/01/2024.

costumeiro *vis-à-vis* um tribunal internacional'.[169]

A exegese do TPI é no sentido de que o tribunal tem legitimidade para emitir mandado de prisão contra Chefes de Estado e conduzir processos contra tais pessoas, e também que qualquer Estado parte solicitado pelo Tribunal para entrega de um Chefe de Estado estrangeiro não pode opor imunidade pessoal ou funcional (por se tratar de relação vertical).[170] Essa obrigação de cooperação com a Corte decorre do próprio Estatuto de Roma, que prevê sanções em caso de descumprimento. Ou seja, os Estados partes do TPI (atualmente 123 Estados) tem a obrigação de detenção e entrega em relação aos mandados de prisão expedidos contra o presidente russo e o primeiro-ministro israelense, ambos investigados por crimes internacionais.

X. As agências de cooperação/investigação dos crimes de guerra na Alemanha e Europa

Diversas agências e organismos de cooperação e investigação criminal trabalham conjuntamente na Europa, com especial destaque para Alemanha, que criou uma estrutura exclusiva de investigação de crimes de guerra, o ZBKV (*Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen*). Além disso a Europa tem diversas instituições que se comunicam na busca de concentrar esforços para resposta mais eficiente contra os crimes internacionais.

1. O Escritório central de combate aos crimes de guerra da Alemanha (ZBKV)

Uma experiência importante na estrutura de combate aos crimes de guerra na Alemanha é o ZBKV[171] (*Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen*), ou Escritório Central de Combate aos Crimes de Guerra.

---

[169] Cf. KREß, Claus in: Ambos, Kai. *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*. Beck, Hart & Nomos, 2022.

[170] Essa foi a solução dada pelo TPI no caso *Al-Bashir*, conf. ICC-02/05-01/09-397.

[171] Cf. Bundeskriminalamt. *Kriegsverbrechen im Zusammenhang mit dem Krieg in der Ukraine*. Disponível em: https://www.bka.de/DE/KontaktAufnehmen/HinweisGeben/KriegsverbrechenUkraine. Acesso em: 10/07/2023.

A unidade foi criada em 2003 como parte do Departamento Federal de Polícia Criminal (*Bundeskriminalamt*, BKA) e é uma unidade independente dentro da Polícia Criminal Federal para lidar com as investigações de crimes de guerra à luz do Código Penal internacional alemão (VStGB).[172]

Conforme antes mencionado, o VStGB adotou uma jurisdição universal ampla para processar crimes de guerra que possam ocorrer em qualquer lugar do mundo e independentemente da nacionalidade do arguido, embora haja um poder discricionário para promotoria visando evitar sobrecarga de casos sem ligação com a Alemanha, ponto criticado pela doutrina porque não permite que as vítimas contestem uma decisão de arquivamento, por exemplo.

Na fase de investigações, o escritório da ZBKV procede de forma semelhante ao Gabinete do do Procurador do Tribunal Penal Internacional. O órgão analisa elementos de provas a partir de fontes abertas como *blogs*, mídia e relatórios de Organizações não governamentais, e pode decidir abrir uma investigação estrutural (s*trukturermittlungsverfahren*), quando ainda não haja nenhum suspeito identificado.

Outra fonte importante de provas desses crimes são as informações das autoridades de imigração da Alemanha. Durante as entrevistas, todos os requerentes de asilo, como pessoas oriundas de países em guerra, a exemplo da Síria e do Iraque, são questionadas se foram vítimas, testemunhas ou perpetradores de crimes graves e se conhecem autores de tais crimes.

Como consequência do grande fluxo de imigrantes na Alemanha, sobretudo nos anos de 2015 e 2016, o escritório da ZBKV recebeu inúmeros indícios de potenciais crimes de guerra e crimes contra a humanidade. As autoridades de imigração, em colaboração com a Polícia Federal, introduziram uma categorização para as investigações estruturais na Síria e no Iraque, e encaminham as denúncias de acordo com um sistema de cinco níveis. A categoria 1 se refere a denúncia onde os requerentes de asilo forneceram informações concretas sobre crimes de guerra supostamente cometidos por suspeitos que vivem na Alemanha ou na Europa. Esses indícios são processados como prioridade. A categoria 5, a prioridade mais baixa, são denúncias

[172] Cf. International Crimes: Spotlight on Germany's War Crimes Unit. https://www.justiceinfo.net/en/39936-international-crimes-spotlight-on-germany-s-war-crimes-unit.html. Acesso em: 25/08/2023.

mais gerais relacionadas a crimes graves.[173]

Há ainda uma rede de cooperação a nível nacional e internacional com outros órgãos de investigação. A nível nacional, o escritório da ZBKV mantém acordos de investigação e troca de informações com o Procurador-Geral Federal (*Generalbundesanwalt*, GBA), o Gabinete Federal para Migrações e Refugiados (*Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*, BAMF), o Gabinete Federal de Justiça (*Bundesamt für Justiz*, BfJ), o Gabinete Federal de Proteção da Constituição (*Verfassungsschutz*, BfV) e os escritórios estaduais de investigação criminal da Polícia Federal.

A nível internacional, o escritório da ZBKV mantém protocolos de cooperação com as autoridades policiais estrangeiras responsáveis pela repressão de crimes internacionais, como Rede Genocídio da União Européia, o Tribunal Penal Internacional (TPI), Europol e a Interpol.

[173] Cf. também ZORN, Klaus. *Die Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen und weiteren Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (ZBKV).* Von Erster Kriminalhauptkommissar, Meckenheim bei Bonn. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. Disponível em: https://zis-online.com/dat/artikel/2017_12_1170.pdf. Acesso em: 25/06/2023.

Imagem 1
Folheto do ZBKV para testemunhas de crimes na Ucrânia

Fonte: *Bundeskriminalamt - BKA*[174]

2. Eurojust: Equipe de Investigação Conjunta (JIT) de crimes de guerra na Ucrânia

A Eurojust (*European Union Agency for Criminal Justice Cooperation*) é a Agência da União Europeia para a Cooperação em Justiça Criminal que trabalha com a cooperação judicial em questões criminais entre agências dos estados-membros, com sede em Haia, na Holanda. Foi estabelecida em 2002, com o objetivo de melhorar o tratamento de crimes transfronteiriços e organizados, para incremento da coordenação

[174] Cf. Bundeskriminalamt. *Flyer zum Zeugenaufruf*. Disponível em: https://www.bka.de/DE/KontaktAufnehmen/HinweisGeben/KriegsverbrechenUkraine/kriegsverbrechenUkraine_node.html. Acesso em: 10/07/2023.

investigativa e de acusação. A Eurojust é composta por um colégio formado por 27 membros nacionais, juízes, promotores e policiais de competência equivalente de cada estado-membro da União Européia e a agência também coopera com estados terceiros e outros órgãos europeus, como a Rede Judiciária Europeia (cooperação judiciária na Europa), a Europol (Agência da União Europeia para Cooperação Policial) e o OLAF (Organismo Europeu de Luta Antifraude). [175]

Após o início do conflito na Ucrânia, a Eurojust apoiou o estabelecimento de uma Equipe de Investigação Conjunta (*Joint Investigation Team*- JIT) para investigação dos supostos crimes internacionais graves cometidos na Ucrânia. A JIT foi criada inicialmente com acordo entre Ucrânia, Lituânia e Polônia, seguida pela adesão de quatro países (Estônia, Letônia, Eslováquia e Romênia), com a participação do TPI e mais tarde também da Europol, e ainda com um Memorando de entendimento com os Estados Unidos, visando a troca de informações e evidências de crimes internacionais.[176]

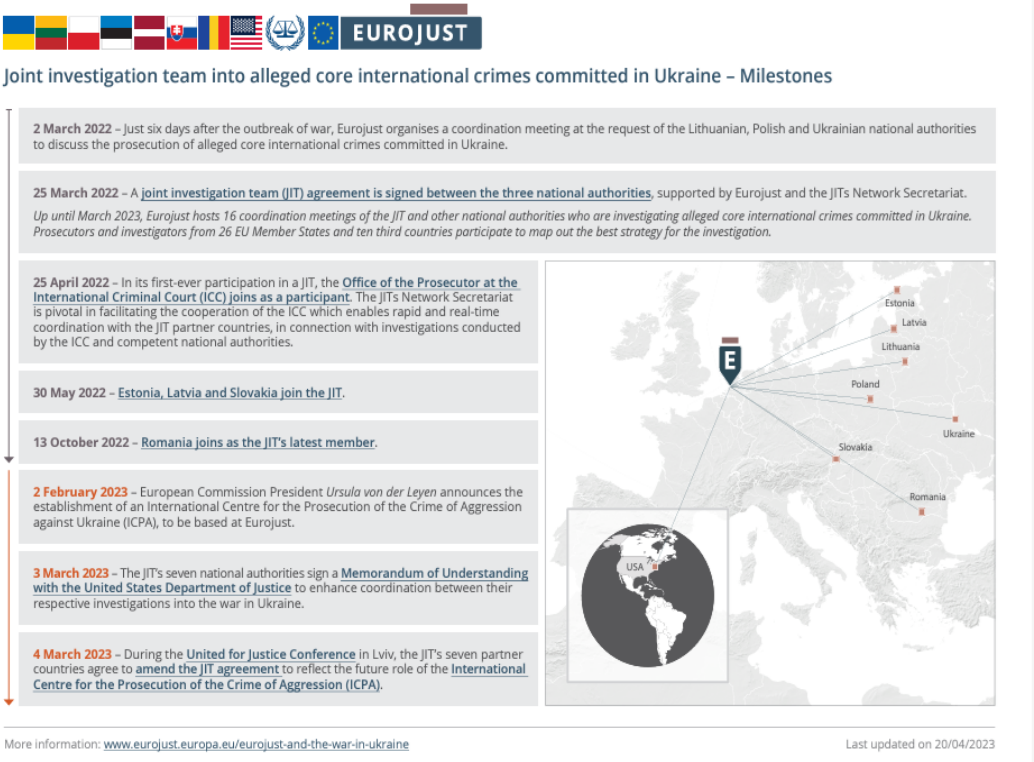
A Eurojust busca subsidiar investigações relacionadas a crimes de guerra e crimes contra a humanidade, após a invasão da Ucrânia pela Rússia. A Ucrânia, por meio do Procurador de Ligação Ucraniano na Eurojust, está envolvida em todos esses casos. Há também uma rede de Peritos Nacionais em Equipes de Investigação Conjuntas (Rede JITs), que são formadas por profissionais judiciais de aplicação das lei nacionais, que é coordenada pela Eurojust.

---

[175] Cf. Eurojust. *Joint investigation team into alleged crimes committed in Ukraine*. Disponível em: https://www.eurojust.europa.eu/joint-investigation-team-alleged-crimes-committed-ukraine. Acesso em: 25/09/2023.

[176] Cf. Eurojust. *Involvement of the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court in JOINT INVESTIGATION TEAMS*. Disponível em: https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/involvement-of-the-office-of-the-prosecutor-of-the-icc-in-jits.pdf. Acesso em: 21/09/2023.

Imagem 2 – Cronograma da rede de apoio às investigações da JIT



Fonte: *European Union Agency for Criminal Justice Cooperation*[177]

3. O Centro internacional para a acusação do crime de agressão contra a Ucrânia (ICPA)

O ICPA (*International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression against Ukraine*) é um centro judicial único incorporado na Eurojust para dar suporte a investigações sobre o crime de agressão relacionado à guerra na Ucrânia. O objetivo do Centro Internacional de investigação é que promotores independentes de diferentes países possam trabalhar juntos no mesmo local, trocar evidências e elementos de prova de forma rápida e formar estratégias comuns de investigação e acusação. Esse trabalho do ICPA foca em preparar elementos e indícios de crimes para futuras acusações do crime de agressão, independentemente da jurisdição perante a qual elas serão levadas.

Os integrantes desse Centro Internacional compartilham o suporte operacional,

[177] Cf. Eurojust. *Joint investigation team into alleged core international crimes committed in Ukraine*. Disponível em: https://www.eurojust.europa.eu/publication/joint-investigation-team-alleged-core-international-crimes-committed-ukraine-milestones. Acesso em: 25/09/2023.

técnico, logístico e financeiro da Eurojust. Alem disso, o banco de dados *Core International Crimes Evidence Database* (CICED), gerenciado pela Eurojust, é parte integrante das investigações para viabilizar o trabalho do ICPA. O novo Centro também está localizado em Haia, o que possibilita o acesso direto à expertise do *Genocide Network Secretariat*[178], setor hospedado também na Eurojust, além da cooperação e coordenação com o próprio TPI e outros atores da justiça internacional.[179]

Conforme já estudado, o crime de agressão é um delito normalmente cometido pela alta liderança política e militar de um determinado Estado. No caso da Rússia, em razão dela não ser parte do Estatuto de Roma, o TPI não pode processar líderes russos pelo crime de agressão no contexto da guerra contra a Ucrânia. Nesse sentido, em novembro de 2022, a Comissão Europeia e o Serviço Europeu para a Ação Externa apresentaram um documento analisando as diferentes opções para garantir a responsabilização pelos crimes cometidos no contexto da guerra da Rússia contra a Ucrânia, incluindo o crime de agressão.

Esse Centro Internacional de investigação (ICPA) é a primeira providência neste processo para preservar evidências e preparar casos para julgamentos futuros, seja perante tribunais nacionais, um tribunal específico ou o Tribunal Penal Internacional para crimes dentro de sua jurisdição.

Além da Ucrânia, cinco membros da Equipe de investigação conjunta (JIT) (Lituânia, Letônia, Estônia, Polônia e Romênia) fazem parte do ICPA. Um Memorando de entendimento que criou o ICPA também prevê a participação do Gabinete do Promotor do TPI. Após um Memorando de entendimento com os membros do JIT, os Estados Unidos também nomearam um Promotor Especial para o Crime de Agressão, que dará suporte às atividades do ICPA. O ICPA é financiado pelo Serviço de

---

[178] A Rede Europeia para investigação e acusação de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra (Rede Genocídio) foi criada em 2002 e reforçada em 2003 pelo Conselho da União Europeia para permitir uma cooperação estreita entre as autoridades nacionais ao investigar e processar o crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, conhecidos coletivamente como crimes internacionais essenciais. O mandato da Rede é garantir que os perpetradores não alcancem impunidade dentro dos Estados-Membros. Cf. Eurojust. *Genocide Network*. Disponível em: https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/practitioner-networks/genocide-network . Acesso em: 28/09/2023.

[179] Cf. Eurojust. *One year on since the launch of the International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression Against Ukraine (ICPA)*. Disponível em: https://www.eurojust.europa.eu/news/one-year-launch-international-centre-prosecution-crime-aggression-against-ukraine-icpa. Acesso em: 29/09/2023.

Instrumentos de Política Externa da Comissão Europeia.

Imagem 3: Objetivos principais de investigação da ICPA

Fonte: *European Union Agency for Criminal Justice Cooperation*[180]

[180] Cf. European Union Agency for Criminal Justice Cooperation. Disponível em: https://www.eurojust.europa.eu/publication/icpa-explainer. Acesso em: 23/11/2023.

XI. Considerações Finais

Conforme visto, o Código Penal Internacional alemão (VStGB) resultou de uma opção do legislador alemão para internalizar normas do Estatuto de Roma no seu ordenamento jurídico, com uma codificação independente do seu Código penal comum (StGB).

Podemos verificar que o diploma internacional alemão avançou em aspectos importantes em relação ao Estatuto de Roma, com dois pontos de destaque na persecução e responsabilização dos crimes internacionais. O primeiro foi a melhor estruturação dogmática do instituto da responsabilidade de comando, com a separação de condutas em duas situações distintas, uma norma definindo a posição de garante do superior em relação às condutas dos subordinados (§ 4 do VStGB), e uma outra norma com previsão da conduta meramente omissiva do superior, independente da ação dos subordinados (§§ 14 e 15 do VStGB).

O segundo avanço está relacionado com a ampliação do princípio da jurisdição universal, de forma a contemplar todos os crimes contra o direito internacional, ainda que o ato tenha ocorrido no estrangeiro e não tenha qualquer ligação com a Alemanha (§ 1 do VStGB).

Esses diferenciais do Código Penal Internacional alemão são instrumentos facilitadores para uma persecução dos crimes internacionais de forma mais eficaz, sobretudo para os crimes de guerra cometidos por superiores ou comandantes militares. Esses pontos também podem servir como parâmetros para implementação das normas do Estatuto de Roma em outros ordenamentos, a exemplo do Brasil.

Na jurisdição universal, o VStGB estabeleceu regra com menores restrições para aplicabilidade do princípio, englobando os crimes contra o direito internacional, mesmo que o delito tenha sido cometido no estrangeiro e não tenha qualquer ligação com a Alemanha. Foi apenas prevista uma limitação em relação ao crime de agressão, delito cujo conceito foi definido somente em 2010 (Conferência de revisão de kampala) e inserido no Código Penal Internacional alemão em 2016. Nesse caso, quanto ao crime de agressão, a lei alemã aplicar-se-á apenas se o agente for um nacional da Alemanha ou se o ato for dirigido contra a Estado alemão. Da mesma forma, o crime de agressão também foi inserido no Estatuto de Roma com restrições quanto à jurisdição do TPI,

por envolver questões político-diplomáticas ligadas à delicada questão da soberania dos Estados.

Conforme visto, desde a Conferência de Roma, a maioria dos Estados resistiam à possibilidade de que seus nacionais fossem submetidos a um tribunal internacional em detrimento das suas respectivas soberanias, e inicialmente restou acordado a aplicação do princípio da complementaridade para o TPI, consoante estabelecido no art. 17 do ER, como condição de admissibilidade dos casos, ou seja, necessidade de se demonstrar a indisponibilidade ou incapacidade do país originário de realizar a investigação e julgamento do agente que cometa fato definido como crime nos termos do Estatuto.

Após esse consenso quanto ao princípio da complementaridade, foi discutida a questão do alcance da jurisdição do TPI, se universal ou limitada aos Estados partes. Após divergências e impasses, a Alemanha já indicava ser um dos países vanguardistas que apoiara uma jurisdição ampla para o TPI. Todavia, também prevaleceu uma solução restritiva quanto à jurisdição do Tribunal, com a redação do art. 12 do Estatuto a prever a jurisdição do TPI somente para crimes ocorridos em territórios dos Estados partes ou para crimes cometidos por nacionais desses Estados. Uma possibilidade especial de atuação do TPI ocorre também se um Estado não parte aceitar formalmente a competência do Tribunal (art. 12 (2) do ER) ou se o Conselho de Segurança da ONU provocar a jurisdição do Tribunal em caso de indícios de crime internacional (art. 13 (b), do ER).

Nesse quadro, a implementação da jurisdição universal no Código Penal Internacional alemão denota um avanço significativo, com maior abrangência em relação ao Estatuto de Roma, permitindo amplo alcance para persecução dos crimes internacionais, com a possibilidade de submissão e julgamento de acusados de alto escalão de qualquer Estado que se encontre no território alemão, como foi o precedente julgado pelo Tribunal regional superior da cidade de Koblenz, que condenou em 2022 um ex-oficial da Síria com pena de prisão perpétua por crimes contra a humanidade.

Situações como essas, em que chefes militares cometem crimes graves, em regimes com baixo coeficiente de liberdades individual como a Síria, dificilmente se viabilizaria um julgamento no próprio país. Ademais, não sendo a Síria signatária do Estatuto de Roma do TPI, a Corte ficaria impedida de julgar o caso. Somado a isso,

países do Conselho de Segurança da Nações Unidas, como Rússia e China, bloquearam tentativas da ONU de encaminhar o caso ao TPI ao abrigo do art. 13 (b) do Estatuto de Roma, a demonstrar que a amplitude da jurisdição universal prevista no VStGB é importante para esse desiderato.

A responsabilidade de comando foi prevista inicialmente no art. 28 do Estatuto de Roma, mas sua normatização e positivação para o TPI não teve a melhor adequação dogmática em relação ao modelo penal continental. Como visto, isso decorre em razão do direito penal internacional contemplar institutos dos diversos sistemas jurídicos, de tradição do *common law* como do *civil law*, o que acaba por resultar em dificuldades semânticas e sistêmicas, principalmente porque o Estatuto de Roma, como outros diplomas internacionais, foi fruto de acordos com interesses políticos e diplomáticos para além das questões jurídicas.

As principais dificuldades de aplicação da responsabilidade de comando pelo TPI decorrem de que o art. 28 do ER responsabiliza os chefes militares com mesma imputação dos crimes cometidos pelos subordinados, mesmo nas situações de omissões quanto ao mero dever de supervisão, sem adesão subjetiva aos crimes dos subordinados. E nos casos em que os superiores aderem às condutas dos subordinados, para cometerem crimes, ou seja, com deliberada omissão no dever de controle, sabendo que um crime está a ocorrer, também há dificuldade para enquadrar a responsabilidade, porque inexistente norma que preveja explicitamente situação de garante dos superiores.

Desse modo, da maneira como está prevista no Estatuto de Roma, a responsabilidade de comando pode apresentar certa incoerência em determinadas situações; por exemplo, quando o estado anímico do superior for diverso do subordinado que comete os crimes, havendo apenas falha de supervisão; nesse caso não poderia o superior ter seu comportamento omissivo vinculado ao crime desencadeado pelo subordinado, por ausência de liame subjetivo. Nessa situação, não seria adequada o mesmo tipo de responsabilidade e pena para ambos (superior e subordinado), diante da diversidade do liame subjetivo de cada um. Nessas situações, o art. 28 do ER não faz diferenciação adequada da resposta penal.

E nos casos em que o superior adere à intenção dos subordinados no cometimento de crimes, o Estatuto de Roma não estabelece expressamente a posição de

garante do superior. Nessa situação, a responsabilidade penal do superior como coautor seria mais apropriada com a definição de garante em norma de extensão explícita.

Nesse aspecto, o Código Penal Internacional alemão deu tratamento mais coerente na responsabilidade de comando, com construção normativa e topológica mais adequada, porque trouxe previsão da responsabilidade dos superiores em dispositivos distintos: o primeiro, § 4º do VStGB, prevendo explicitamente a responsabilidade dos superiores também como autores dos delitos quando não impedirem os subordinados de cometerem crimes (pode se dizer que se trata de previsão dos superiores como garantes em crimes comissivos por omissão). O segundo dispositivo, §§ 14 e 15 do VStGB, estabeleceu duas normas com crimes de menor gravidade, atinente à mera violação do dever de supervisão ou omissão (própria) em denunciar os crime dos subordinados, com previsão de penas menos graves e proporcionais a essas condutas.

Desse modo, do ponto de vista subjetivo, houve tratamento diferenciado na legislação alemã na situação em que o comandante esteja subjetivamente vinculado ao resultado do crime, em face da posição de garante, que é a hipótese do § 4º do VStGB. Nesses casos, a posição de garante é justificada pelo dolo do superior quando se omite deliberadamente e adere ao comportamento desencadeado pelo subordinado, a justificar, nessa hipótese, a punição no mesmo crime do subordinado.

Situação diferente ocorre quando a omissão restringe-se apenas ao controle dos subordinados, em que o estado anímico do superior não alberga a prática delitiva desencadeada pelo subordinado, daí porque a pena máxima prevista no VStGB nesse caso é a prisão de 5 (cinco) anos, mais coerente com a sistemática do direito penal continental.

O precedente *Bemba* do TPI, por exemplo, em que o arguido foi absolvido pela Sala de Recursos, denotou dificuldades quanto à subsunção das condutas do superior em relação às condutas dos subordinados, sobretudo na questão da causalidade e das provas. Se houvesse no Estatuto de Roma norma específica prevendo conduta omissiva do superior quanto à mera falha no dever de supervisão, desvinculada da conduta dos subordinados, possivelmente teria sido possível o enquadramento da conduta do arguido e responsabilização ao menos em termos de uma omissão própria, por vezes mais adequada e proporcional na situação em concreto. Já o precedente do Tribunal de

Koblenz, indicou que a estrutura normativa mais ampla da jurisdição universal e a previsão mais assertiva da responsabilidade de comando do VStGB possibilita uma resposta penal efetiva para casos mais complexos, ainda que tenha ocorrido em território estrangeiro, como foi no caso da Síria.

Todos esses aspectos do VStGB podem servir como parâmetro para que países como Brasil possam pensar num modelo adequado de norma para internalizar o Estatuto de Roma. No caso do Brasil, há projeto de Lei em tramitação no parlamento, que pode basear no modelo alemão para algum aprimoramento. No caso de Portugal, embora já tenha norma aprovada internalizando os crimes do Estatuto de Roma, na responsabilidade de comando o legislador português deu tratamento nos moldes do art. 28 do ER, mas o modelo pode fomentar reflexão para algum ajuste ou atualização do tema no futuro.

O direito penal internacional esta sempre enfrentando desafios, porque é ramo do direito que permeia questões geopolíticas e interesses dos diversos Estados soberanos no cenário internacional, a exemplo do atual desafio do TPI para o exame dos crimes de guerra na Ucrânia e no Oriente Médio, sobretudo por envolver atores que ocupam posições elevadas, como o exemplo dos mandados de detenção expedidos pela Corte contra os chefes de Estado/Governo da Rússia e de Israel, ambos em pleno exercício dos cargos máximos desses países, o que se coloca como um teste de legitimidade e reconhecimento do sitema penal internacional.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal.* 1ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

AMBOS, Kai. *La guerra em Ucrania. Entre el Derecho (Penal) Internacional y la (doble) moral*. Editores del Sur. 2022

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional, bases para uma elaboração dogmática*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*. 5. Auflage. C.H.BECK, 2018.

AMBOS, Kai. *"A absolvição de Jean Pierre Bemba e a responsabilidade do superior"*, in Boletim IBCCRIM, vol. 26, nº 308, 2018.

AMBOS, Kai. *Derecho y Proceso Penal Internacional: Ensayos críticos.* México: Fontamara, 2008.

AMBOS, Kai et al. *El caso BEMBA y la responsabilidad del mando Comentarios y traducción de la sentencia de apelación*. Tirant lo Blanch, 2021.

AMBOS, Kai *et al*. *Eichmann em Jerusalém: 50 anos depois*, São Paulo: Marcial Pons, 2017.

AMBOS, Kai *et al. Direito penal internacional: TPI e a perspectiva da África de língua oficial portuguesa*, Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2015.

AMBOS, Kai. *Rome Statute of the International Criminal Court*: Article-By-Article Commentary. Beck/Hart, 2022.

AMBOS, Kai. *"The International Criminal Court and the Common Purpose: Which Kind of Contribution does Article 25(3)(d) of the Rome Statute Require?"*. Revista de Ciências Jurídico-Criminais Anatomia do Crime, 1, Lisboa, 2015.

AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I: Foundations and General Part: Oxford University Press, 2013.

AMBOS, Kai. *Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1540598.

BADARÓ, Gustavo. *A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional Estudo sobre sua admissibilidade e valoração.* Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2014. Disponível em: http://zis-online.com/dat/artikel/2014_4_810.pdf.

BANTEKAS, Ilias, The Contemporary Law of Superior Responsibility. AJIL 93, 1999. Disponível em: https://www.academia.edu/12935909/The_Contemporary_Law_of_Superior_Responsibility.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. *VJIL*, Vol. 42, 2001.

BURGHARDT, Boris. *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, Eine Untersuchung zur Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda*. Berliner Juristische Universitätsschriften, Band 32, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2008.

BURGHARDT, Boris. *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Völkerstrafrecht und deutschem Recht*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2010, pp 695-711.

BRITO, Wladimir *et al*. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: comentários*, Centro de Investigação Interdisciplinar da Universidade do Minho, 2018.

CASSESE, Antonio. *Is the bell tolling for universality question?* A plea for a sensible notion of universal jurisdiction *in: Journal of International Criminal Justice - JICJ 1*, 2003.

CASSESE, Antonio et al. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary (Volume I*). New York: Oxford University Press, 2002.

CASSESE, Antonio. *Cassese's International Criminal Law*. Oxford University Press, 3 edition, 2013.

CHORAKIS, Andreas. *The ICC's Arrest Warrant Against Putin: A Grenade Against Peace in Ukraine?* Harvard International Law Journal. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/ilj/2023/11/the-iccs-arrest-warrant-against-putin-a-grenade-against-peace-in-ukraine/. Acesso em: 23/01/2024.

COSTA, Joana. *Joint criminal enterprise: o problema da imputação individual do facto colectivo na jurisprudência dos tribunais penais internacionais.* Coimbra Editora, 2014.

DAMASKA, Mirjan. 2001. *The Shadow Side of Command Responsibility*, American Jornal of
Comparative Law, (49): 455-496.

DECRETO nº. 4.388, de 25 de setembro de 2002. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 10/11/2023.

DEUTSCHER BUNDESTAG, 14. Wahlperiode, *Entwurf eines Gesetzes zur*

Einführung des Völkerstrafgesetzbuches Drucksache 14/8524, 2002. Disponível em: https://dserver.bundestag.de/btd/14/085/1408524.pdf. Acesso em: 10/12/2023.

DOUGLASS, John Jay. *High Command Case: A Study in Staff and Command Responsibility*. International Lawyer (1972). Disponível em: https://scholar.smu.edu/til/vol6/iss4/3.

EPIK, Aziz. *Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch*. 1. Auflage; Mohr Siebeck, 2017.

EPIK, Aziz. *No Functional Immunity for Crimes under International Law before Foreign Domestic Courts An Unequivocal Message from the German Federal Court of Justice*. Disponível em: Journal of International Criminal Justice 19 (2021), 1263–1281 https://doi.org/10.1093/jicj/mqab071

ESSER, Robert. *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2. Auflag, C.H.BECK, 2018.

ESTATUTO de Roma. *Tradução para o português anexa ao Decreto-Lei 4388/2002. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 10/12/2023.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ICRC. *Geneva Conventions and Additional Protocols.* Disponível em: https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions. Acesso em 15/12/2023.

JEßBERGER, Florian/ EPIK, Aziz. *Immunität für Völkerrechtsverbrechen vor staatlichen Gerichten- zugleich Besprechung BGH, Urt. v. 28. Januar 2021 -3 StR 564/19.* Juristische Rundschau (JR) 1, 2022.

KARSTEN, Nora. *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit Des Nicht-militarischen Vorgesetzten: Eine Rechtsvergleichende Untersuchung Zu Artikel 28 Istgh-statut*. Duncker Humblot, 2010.

KREß, Claus. *On Functional Immunity of Foreign Officials and Crimes under International Law* Disponível em: https://www.justsecurity.org/75596/on-functional-immunity-of-foreign-officials-and-crimes-under-international-law. Acesso em: 25/08/2023.

LEE, Roy S.. *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statue. Issues, Negotiations, Results*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

LEI nº. 2.889, de 1 de Outubro de 1956. *Define e pune o crime de genocídio*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm. Acesso em: 10/11/2023.

MACEDO, Stephen *et al*. *Princeton Principles on Universal Jurisdiction.* Princeton: Princeton University, 2001.

MENDES, Paulo de Sousa. *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2019 (Reimpressão).

ONU. *Final Report International Law Commission 66th session.* The Obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*), 2014.

PASCULLI, Maria Antonella. *Una umanità una giustizia: contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale.* Milano: CEDAM, 2011.

PAYER, Andrés. *The Territorial Principle as a Basis for State Criminal Jurisdiction: Particularly with Regard to Cross-Border Offences and Attempts, and to Multiple Parties to an Offence Acting in Different Countries*. International Criminal Law Review 23 (2023) 175–238.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *A responsabilidade de comando no Estatuto de Roma e sua implementação no direito penal militar brasileiro*. Universidade de Brasília, 2009.

PROJETO de Lei nº. 4038/2008. *Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747. Acesso em: 09/11/2023

REYDAMS, Luc. *Rise and Fall of Universal Jurisdiction*. Leuven Centre for Global Governance Studies: Working Paper n. *37*, 2010.

ROSA PAIS, Ana Isabel. *O direito penal internacional e a responsabilidade dos superiores hierárquicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SCHABAS, William. *An Introduction to the ICC*. Cambridge University Press, 2004.

SCHABAS, Willian. *The International Criminal Court - A Commentary on the Rome Statute- Commentaries on International Law*. Oxford University Press, 2 edition, 2016.

SCHABAS, Willian. *The Cambridge Companion to International Criminal Law*. Cambridge University Press, 2016.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Definig the Limits: Universal Jurisdiction and National

Courts *in: Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004.

SILVA BARROS, Tomás Soares da. *Fundamento e Alcance do Princípio da Jurisdição Universal*, Un. Coimbra, 2016.

THAMAN, Stephen. *Landesbericht USA. En: Walter Perron (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands*. Friburgo en Brisgovia, 1995, p. 489-547.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *International Law for Humanking: Towards a New Jus Gentium.* Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

WERLE, Gerhard; JESSBERGER, Florian. *Völkerstrafrecht*, 5. Auflage; Mohr Siebeck, 2020.

WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. The Hague: TMC Asser Press, 2005.

ZORN, Klaus. *Die Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen und weiteren Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (ZBKV).* Von Erster Kriminalhauptkommissar, Meckenheim bei Bonn. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. Disponível em: https://zis-online.com/dat/artikel/2017_12_1170.pdf. Acesso em: 25/06/2023.

Anexo

(Projeto de Lei do Brasil nº. 4038/2008)

PROJETO DE LEI

Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

TÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS
Objeto desta Lei

– Art. 1o Esta Lei dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas e dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Pena da tentativa em casos de excepcional gravidade

– Art. 2o Nos casos de tentativa de excepcional gravidade, nos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra, o juiz poderá aplicar a pena do crime consumado.

Parágrafo único. Na aferição da excepcional gravidade, o juiz deverá considerar, dentre outras circunstâncias, a complexidade e a aptidão dos atos preparatórios e de execução para o resultado almejado, o concurso de agentes, o emprego de armas convencionais ou meios de destruição em massa, a amplitude da lesão, caso o crime se consumasse, o perigo real para o bem jurídico visado pela conduta do agente e a colaboração do agente para a persecução penal.

Inaplicabilidade do arrependimento posterior

– Art. 3o Não se aplica a redução de pena por arrependimento posterior aos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra (Código Penal, art. 16).

Coação irresistível

– Art. 4o Não é punível quem age sob coação irresistível, decorrente de ameaça iminente de morte ou de ofensa grave à integridade física ou à saúde, exercida contra si ou contra terceiro, desde que atue de forma razoável e necessária para evitar a ameaça e não tenha a intenção de causar dano maior do que aquele que se propunha evitar.

Obediência hierárquica

– Art. 5o A estrita obediência a ordem de superior hierárquico, civil ou militar, não isenta de
pena, salvo se:

I - o agente estiver obrigado por lei a obedecer a ordens emanadas de autoridade ou do
superior hierárquico;

II - não tiver conhecimento de

que a ordem é ilegal; e III - a

ordem não for manifestamente

ilegal.

Parágrafo único. Qualquer ordem de cometer genocídio ou crime contra a humanidade será considerada manifestamente ilegal.

Irrelevância de cargo ou função pública

– Art. 6o O exercício de função política, bem como de cargo ou função pública, civil ou militar, não exclui o crime, não isenta o agente de pena, nem constitui, por si só, motivo para sua redução.

Responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores hierárquicos

– Art. 7o Sem prejuízo de outros fatores determinantes de responsabilidade penal, responde ainda pelos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra:

I - quem, por força de ofício, cargo ou função, oficial ou não, devia e

podia evitar sua prática e omitiu-se deliberadamente, quando lhe era possível impedi-lo ou fazê-lo cessar a tempo de evitar a ameaça ou o dano;

II - o comandante militar ou a pessoa que atue efetivamente como comandante militar, pelo crime cometido por agente sob o seu comando e controle efetivo, ou sob sua autoridade e controle efetivo, dependendo do caso, por não ter exercido apropriadamente o controle sobre esse agente, quando:

a) sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que o agente estava cometendo ou pretendia cometer tal crime; e

b) não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução;

III - no que se refere às relações entre superior e subordinado não descritas no inciso II, o superior, pelo crime que tiver sido cometido por subordinado sob sua autoridade e controle efetivo, em razão de não ter exercido controle apropriado sobre esse subordinado, quando:

a) teve conhecimento ou, deliberadamente, não levou em consideração a informação que indicava que o subordinado estava cometendo tal crime ou se preparava para cometê-lo;

b) o crime estava relacionado com atividade sob sua responsabilidade ou controle efetivos; e

c) não adotou todas as medidas necessárias e razoáveis, no âmbito de sua competência, para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.

Pena privativa de liberdade

– Art. 8o A pena privativa de liberdade dos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra não poderá ser substituída por pena restritiva de direitos, será cumprida inicialmente em regime fechado, permitida a progressão para o regime semi-aberto somente após o cumprimento de dois terços de seu total, presentes os demais requisitos legais, e permitido o livramento condicional desde que o condenado:

I - tenha cumprido mais de três quartos do total das penas impostas;

II - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; III - tenha comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena e apresente condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinqüir.

Circunstâncias que aumentam a pena

– Art. 9o Além das circunstâncias previstas nos respectivos Títulos desta Lei, as penas cominadas aos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra serão aumentadas de um terço a dois terços, nas seguintes situações, desde que já não integrem o tipo penal:

I - o crime for cometido por autoridade ou agente público, salvo nos crimes de guerra; II - o crime for cometido mediante concurso de pessoas ou o emprego de tortura;

III - o crime atingir mais de uma pessoa;

IV - da ação resultar morte, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente, aborto, aceleração de parto, incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, perigo de vida, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo;

V - a vítima for menor de quatorze ou maior de sessenta e cinco anos, portadora de necessidades especiais, gestante, ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

Extinção da punibilidade

Art. 10. Extingue-se a punibilidade dos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra apenas pela morte do agente.

Imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória

Art. 11. Os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança.

Extradição

Art. 12. Os crimes de que trata esta Lei não são considerados crimes políticos para efeito de extradição.

Aplicação subsidiária dos códigos penais e processuais penais

Art. 13. Aplicam-se subsidiariamente aos crimes previstos nesta Lei o Código Penal e o Código de Processo Penal, quando processados e julgados pela Justiça Federal, e o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, quando processados e julgados pela Justiça Militar da União.

TÍTULO II
DO CRIME DE GENOCÍDIO

Genocídio

Art. 14. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

I - matar membro do grupo:

Pena: reclusão, de vinte a trinta anos;

II - causar lesão grave à integridade física ou mental de membro do grupo: Pena: reclusão, de cinco a quinze anos;

III - submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos;

IV - adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo: Pena: reclusão, de dez a quinze anos;

V - efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo: Pena: reclusão, de dez a quinze anos.

Associação para a prática de genocídio

Art. 15. Associarem-se mais de três pessoas para a prática de genocídio: Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Incitação ao genocídio

Art. 16. Incitar, direta e publicamente, à prática de genocídio: Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Formas de incitação qualificadas

– § 1o A pena pelo crime de incitação será a mesma do genocídio, se este se consumar.

– § 2o A pena será de reclusão, de dez a quinze anos, quando a incitação for cometida por meio que facilite sua divulgação.

TÍTULO III
DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Elementos comuns

Art. 17. São crimes contra a humanidade os praticados no contexto de ataque, generalizado ou sistemático, dirigido contra população civil, tipificados neste Título.

Crime contra a humanidade por homicídio

Art. 18. Matar alguém:

Pena: reclusão, de doze a trinta anos.

Crime contra a humanidade por extermínio

Art. 19. Matar alguém mediante submissão de população civil a condições de vida aptas a destruí-la, no todo ou em parte:

Pena: reclusão, de vinte a trinta anos.

Crime contra a humanidade por escravidão

Art. 20. Exercer sobre alguém qualquer poder inerente ao direito de propriedade ou reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime contra a humanidade por escravidão mediante tráfico

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem praticar tráfico de pessoa ou de órgão humano.

Crime contra a humanidade por deportação ou deslocamento forçado

Art. 21. Promover, fora das hipóteses permitidas pelo direito internacional, mediante violência, ameaça ou qualquer outra forma de coação, a deportação ou o deslocamento de pessoas, do local em que se encontram legalmente:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime contra a humanidade por privação de liberdade

Art. 22. Determinar, executar ou manter medida privativa de liberdade de locomoção, infringindo normas fundamentais do direito internacional:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime contra a humanidade por tortura

Art. 23. Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, a intenso sofrimento físico ou mental, com emprego de violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

- § 1o Não constitui tortura a dor ou sofrimento inerentes à execução de sanções legais.

Tortura qualificada

- § 2o A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se da tortura resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime contra a humanidade por tratamentos degradantes ou desumanos

Art. 24. Submeter alguém sob sua guarda, poder ou autoridade, a tratamento degradante ou desumano, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, expondo-o a escárnio ou à curiosidade pública, ou constrangendo-o a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime contra a humanidade por agressão sexual

Art. 25. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela ou ele se pratique ato libidinoso:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Agressão sexual qualificada

Parágrafo único. A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se da agressão sexual resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime contra a humanidade por ato obsceno

Art. 26. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela ou ele se pratique ato obsceno:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime contra a humanidade por presença forçada em ato de agressão sexual ou obsceno

Art. 27. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar a prática de ato de agressão sexual ou obsceno:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime contra a humanidade por escravidão sexual

Art. 28. Exercer sobre alguém qualquer poder inerente ao direito de propriedade, ou reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, com finalidade libidinosa ou obscena:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime contra a humanidade por prostituição forçada

Art. 29. Constranger alguém, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a qualquer forma de prostituição:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos.

Crime contra a humanidade por gravidez forçada

Art. 30. Engravidar ou promover a gravidez, mediante violência ou grave ameaça contra a vítima ou terceira pessoa, com o fim de modificar ou comprometer a unidade étnica de um grupo:

Pena: reclusão, de dez a vinte anos.

Crime contra a humanidade por esterilização forçada

Art. 31. Esterilizar alguém sem o seu consentimento genuíno: Pena: reclusão, de seis a doze anos.

Crime contra a humanidade por privação de direito fundamental

Art. 32. Privar alguém, sem justa causa, de direito fundamental, por pertencer a grupo político, racial, étnico, religioso, cultural ou de gênero:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Crime contra a humanidade por desaparecimento forçado

Art. 33. Apreender, deter, seqüestrar ou de outro modo privar alguém de liberdade, ainda que legalmente, em nome do Estado ou de organização política, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando ou negando a privação da liberdade ou informação sobre sua sorte ou paradeiro a quem tenha o direito de sabê-lo, deixando o detido fora do amparo legal por período superior a quarenta e oito horas:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos, sem prejuízo da concorrência de outros crimes.

– § 1o Na mesma pena incorre quem ordena os atos definidos neste artigo ou mantém a pessoa detida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

– § 2o O crime perdura enquanto não seja esclarecida a sorte ou o paradeiro da pessoa detida, ainda que sua morte ocorra em data anterior.

Desaparecimento forçado qualificado

– § 3o A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se o desaparecimento durar mais de
trinta dias.

Crime contra a humanidade por segregação racial - Apartheid

Art. 34. Praticar qualquer crime previsto neste Título, no contexto de um regime institucionalizado ou tolerado de opressão e dominação sistemáticas de um grupo racial ou étnico sobre outro, com o fim de manter esse regime:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos, além da pena correspondente ao outro crime.

Crime contra a humanidade por lesão corporal

Art. 35. Ofender a integridade física ou saúde física ou mental de outrem:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, se a conduta não constituir crime mais grave.

Lesão corporal qualificada

Parágrafo único. A pena será de oito a dezesseis anos de reclusão, se da lesão resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Associação para a prática de crime contra a humanidade

Art. 36. Associarem-se mais de três pessoas para prática dos crimes previstos neste Título: Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

TÍTULO IV
DOS CRIMES DE GUERRA

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Crimes de guerra

Art. 37. São crimes de guerra os praticados em tempo de conflito armado ou, após cessadas as hostilidades, enquanto a vítima continuar sob o domínio da parte beligerante.

Conflito armado internacional

Art. 38. Considera-se conflito armado internacional:

I - a guerra declarada ou qualquer outro conflito armado que possa surgir entre dois ou mais Estados, ainda que o estado de guerra não seja oficialmente reconhecido;

II - a ocupação total ou parcial do território de um Estado, ainda que não encontre qualquer resistência militar;

III - a luta dos povos contra a dominação colonial, a ocupação estrangeira e os regimes de segregação, no exercício de seu direito à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referentes às Relações Amistosas e à Cooperação entre os Estados em Conformidade com a Carta das Nações Unidas.

Conflito armado não-internacional

Art. 39. Considera-se conflito armado não-internacional todo conflito armado que não esteja coberto pelo art. 38 e que se desenrole em território de um

Estado.

Parágrafo único. Não se consideram conflito armado não-internacional as situações de distúrbios e tensões internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos.

Pessoas protegidas

Art. 40. Consideram-se pessoas protegidas para

efeito deste Título: I - em conflitos armados

internacionais:

a) os feridos, enfermos e náufragos e o pessoal sanitário ou religioso, protegidos pelas Convenções I e II de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional I, de 8 de junho de 1977;

b) os prisioneiros de guerra protegidos pela Convenção III de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional I, de 1977;

c) a população civil e os civis protegidos pela Convenção IV de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional I, de 8 de junho de 1977;

d) as pessoas fora de combate e o pessoal da potência protetora e de seu substituto, protegidos pelas Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional I, de 1977;

e) os parlamentários e as pessoas que os acompanhem, protegidos pela Convenção II de Haia, de 29 de julho de 1899;

II - em conflitos armados não-internacionais, as pessoas que não participem diretamente das hostilidades ou que não mais delas participem, incluídos os combatentes que tenham deposto as armas e as pessoas colocadas fora de combate por enfermidade, ferimento, detenção, ou por qualquer outra causa, protegidas pelo art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, ou pelo seu Protocolo Adicional II, de 8 de junho de 1977;

III - no contexto de conflitos armados, internacionais ou não, outras pessoas definidas em tratado do qual o Brasil seja parte.

Pessoa fora de combate

Art. 41. Considera-se pessoa fora de combate quem se abstenha de atos de hostilidade, não tente se evadir e, alternativamente:

I - esteja em poder de uma parte adversária;

II - expresse claramente a intenção de se render;

III - tenha perdido os sentidos, ou se encontre, de qualquer outro modo, em estado de incapacidade, devido a ferimentos ou enfermidade e, conseqüentemente,

seja incapaz de se defender.

Objetivos militares

Art. 42. Os objetivos militares, quanto a bens, limitam-se àqueles que, por sua natureza, localização, finalidade ou utilização, contribuam eficazmente para a ação militar e àqueles cuja destruição, total ou parcial, captura ou neutralização ofereçam, nas circunstâncias, vantagem militar concreta.

Bens e locais sanitários ou religiosos

Parágrafo único. Quando utilizados para os fins a que se destinam, os bens e locais sanitários ou religiosos não se consideram objetivos militares, ainda que pertençam a forças armadas ou a grupos armados organizados.

Bens protegidos

Art. 43. São bens protegidos todos que não sejam objetivo militar.

Bens especialmente protegidos

Parágrafo único. São bens especialmente protegidos os identificados por emblemas distintivos, reconhecidos pelo direito internacional.

Circunstância qualificadora

Art. 44. As penas dos crimes definidos neste Título terão acréscimo de um terço em seus limites mínimo e máximo se o agente for mercenário, conforme definição dos tratados internacionais.

CAPÍTULO
DOS CRIMES DE GUERRA EM CONFLITOS ARMADOS DE CARÁTER INTERNACIONAL

Crime de guerra por homicídio

Art. 45. Matar pessoa protegida:

Pena: reclusão, de doze a trinta anos.

Crime de guerra por tortura

Art. 46. Submeter pessoa protegida sob sua guarda, poder ou autoridade, a intenso sofrimento físico ou mental, com emprego de violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de

resistência:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

- § 1o Não constitui tortura a dor ou o sofrimento inerentes à execução de sanções legais.

Tortura qualificada

- § 2o A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se da tortura resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por tratamento degradante ou desumano

Art. 47. Submeter pessoa protegida a tratamento degradante ou desumano, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, expondo-a ao escárnio ou à curiosidade pública, ou constrangendo-a a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por submissão a experiência biológica, médica ou científica

Art. 48. Submeter pessoa protegida a experiência biológica, médica ou científica de qualquer tipo, que não seja justificada por tratamento médico, odontológico ou hospitalar, nem realizada no interesse dela:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Modalidade qualificada

Parágrafo único. A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se do crime resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por destruição ou apropriação de bem protegido

Art. 49. Destruir, inutilizar, no todo ou em parte, subtrair bem protegido, em grande escala, ou dele se apropriar, sem imperiosa necessidade militar:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem destruir, inutilizar, no todo ou em parte, subtrair ou se apropriar de bem especialmente protegido.

Crime de guerra por constrangimento a prestar serviço em força inimiga

Art. 50. Constranger pessoa protegida, mediante violência ou ameaça, a participar de operação bélica contra seu país ou suas forças armadas, ou a prestar serviço nas forças armadas de país inimigo:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por denegação de justiça

Art. 51. Privar pessoa protegida de julgamento justo e imparcial, negando-lhe as garantias judiciais definidas nas Convenções de Genebra de 1949, nos seus Protocolos Adicionais de 1977 ou na constituição:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Crime de guerra por deportação ou transferência indevida

Art. 52. Deportar ou transferir para outro lugar ou Estado,

indevidamente, pessoa protegida: Pena: reclusão, de cinco a quinze

anos.

Crime de guerra por confinamento ilegal

Art. 53. Confinar, indevidamente, pessoa protegida:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por tomada de reféns

Art. 54. Capturar, deter ou manter como refém pessoa protegida, com o fim de obrigar um Estado, uma organização internacional, pessoa jurídica ou pessoa física a fazer ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena: reclusão, de dez a vinte anos.

Crime de guerra por ataque contra a população civil ou seus membros

Art. 55. Atacar população civil ou alguns de seus membros que não participem diretamente das hostilidades:

Pena: reclusão, de dez a trinta anos.

- § 1o Na mesma pena incorre quem ataca participante de missão de

manutenção de paz ou de assistência humanitária, assim definida na Carta das Nações Unidas, que esteja na condição equivalente à de civil.

- § 2o A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima estiver identificada pelos sinais ou emblemas distintivos de proteção internacional.

Crime de guerra por ataque contra bens civis

Art. 56. Atacar bens civis que não sejam objetivos militares:

Pena: reclusão, de quatro a oito anos, se o fato não constituir crime mais grave.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem ataca instalação, material, unidade ou veículo participante de missão de manutenção de paz ou de assistência humanitária, assim definida na Carta das Nações Unidas, que esteja na condição equivalente à de bem civil.

Crime de guerra por ataque excessivo e desproporcional

Art. 57. Lançar ataque, ciente de sua aptidão de causar perdas acidentais de vidas humanas, lesões a civis ou danos a bens civis, ou danos extensos, duradouros e graves ao meio ambiente, manifestamente excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta pretendida:

Pena: reclusão, de cinco a dez anos.

- § 1o A pena será aumentada de um terço a dois terços, se da conduta resultar danos.

Modalidade qualificada

- § 2o A pena será de dez a vinte anos de reclusão, se da conduta resultar morte, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, debilidade, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente, aborto, aceleração de parto, incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por ataque a local não defendido

Art. 58. Atacar, por qualquer meio, cidades, vilas, aldeias, povoados, zonas desmilitarizadas, ou edificações que não estejam defendidas e que não sejam objetivos militares:

Pena: reclusão, de seis a doze anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem lançar ataque contra obras ou instalações contendo forças perigosas, sabendo que esse ataque causará perdas de vidas humanas, ferimentos em civis ou danos em bens de caráter civil, que sejam excessivos nos termos do direito internacional humanitário.

Crime de guerra por perfídia

Art. 59. Obter vantagem do inimigo mediante perfídia:

Pena: reclusão, de cinco a dez anos.

– § 1o Constitui perfídia valer-se da boa-fé do inimigo, fazendo-o crer que tem o direito de receber ou a obrigação de assegurar a proteção prevista pelas regras de direito internacional aplicáveis a conflitos armados, tais como simular:

I - intenção de negociar mediante o uso de bandeira de trégua

ou simular a rendição; II - incapacidade causada por ferimento

ou enfermidade;

III - condição de civil ou de não-combatente; e

IV - condição de protegido, mediante o uso de sinal ou emblema internacionalmente reconhecido, ou uniforme, bandeira ou insígnia das Nações Unidas, de Estado neutro ou de outro Estado que não seja parte do conflito.

Modalidade qualificada

– § 2o A pena será de dez a vinte anos de reclusão, se da conduta resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por transferência de população civil por potência ocupante

Art. 60. Transferir, direta ou indiretamente, parte de sua própria população civil para o território ocupado, ou transferir a totalidade ou parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Crime de guerra por ataque a bem protegido

Art. 61. Atacar edificação destinada a culto religioso, instrução, artes, ciências ou beneficência, monumento histórico ou artístico, hospital ou lugar onde se agrupam doentes e feridos, desde que não sejam objetivos militares:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Crime de guerra por ataque a bem identificado com emblema de proteção

Art. 62. Atacar edificação, unidade ou veículo sanitário, ou outro bem, móvel ou imóvel, que utilize emblema distintivo ou qualquer outro método que o identifique como protegido pelo direito internacional:

Pena: reclusão, de seis a doze anos.

Crime de guerra por mutilação

Art. 63. Mutilar pessoa protegida, extirpando-lhe membro, órgão ou parte do corpo: Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Modalidade qualificada

Parágrafo único. A pena será de oito a vinte e quatro anos de reclusão se da conduta resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por denegação de quartel

Art. 64. Ordenar ou declarar que não deve haver sobreviventes, ameaçar o adversário de tal fato ou conduzir as hostilidades em conformidade com essa decisão:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Crime de guerra por destruição ou apreensão dos bens do inimigo

Art. 65. Destruir ou apreender bens do inimigo sem necessidade militar: Pena: reclusão, de quatro a oito anos.

Crime de guerra por saque

Art. 66. Saquear cidade ou local, mesmo quando tomados de assalto: Pena: reclusão, de cinco a doze anos.

Crime de guerra por uso de veneno ou arma envenenada, gás asfixiante ou tóxico, ou material análogo

Art. 67. Utilizar veneno ou arma envenenada, gás asfixiante, tóxico ou similar, ou líquido, material ou dispositivo análogo, capaz de causar morte ou grave dano à saúde de outrem:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime de guerra por uso de projétil de fragmentação

Art. 68. Utilizar projétil que se expanda ou se alastre facilmente no corpo humano, tal como bala de capa dura que não cubra totalmente a parte interior ou que tenha incisões, e outros projéteis proibidos por tratados dos quais o Brasil seja parte:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Crime de guerra por uso de arma, projétil, material ou método de guerra proibido

Art. 69. Utilizar arma, projétil, material ou método de guerra que, por sua própria natureza, cause dano supérfluo ou sofrimento desnecessário, ou produza efeito indiscriminado, em violação a tratado do qual o Brasil seja parte:

Pena: reclusão, de cinco a doze anos.

Crime de guerra por agressão sexual

Art. 70. Constranger pessoa protegida, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Agressão sexual qualificada

Parágrafo único. A pena será de dez a trinta anos de reclusão se da agressão sexual resultar morte, e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por ato obsceno

Art. 71. Constranger pessoa protegida, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato obsceno:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por presença forçada em ato de agressão sexual ou obsceno

Art. 72. Constranger pessoa protegida, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar a prática de ato de agressão sexual ou obsceno:

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Crime de guerra por escravidão sexual

Art. 73. Exercer sobre pessoa protegida qualquer poder inerente ao direito de propriedade ou reduzir pessoa protegida à condição análoga à de escravo, quer submetendo-a a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-a a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, com finalidade libidinosa ou obscena:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos.

Crime de guerra por prostituição forçada

Art. 74. Constranger pessoa protegida, direta ou indiretamente, mediante violência ou grave ameaça, a qualquer forma de prostituição:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos.

Crime de guerra por gravidez forçada

Art. 75. Engravidar ou promover a gravidez, mediante violência ou grave ameaça contra pessoa protegida ou terceira pessoa, com o fim de modificar ou comprometer a unidade étnica de um grupo:

Pena: reclusão, de dez a vinte anos.

Crime de guerra por esterilização forçada

Art. 76. Esterilizar pessoa protegida sem o seu consentimento genuíno: Pena: reclusão, de seis a doze anos.

Crime de guerra por escudo humano

Art. 77. Utilizar a presença de civis ou outras pessoas protegidas como escudo de proteção de objetivo militar ou para favorecer, dificultar ou impedir operações militares:

Pena: reclusão, de dez a vinte anos.

Crime de guerra por inanição de civis

Art. 78. Utilizar a inanição de civis como método de guerra, privando-os de meios necessários a sua sobrevivência, inclusive por meio da obstrução da chegada de suprimentos de socorro:

Pena: reclusão, de dez a quinze anos.

Modalidade qualificada

Parágrafo único. A pena será de vinte a trinta anos de reclusão, se da conduta resultar morte e as circunstâncias evidenciarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo.

Crime de guerra por recrutamento ou alistamento de menor de dezoito anos

Art. 79. Recrutar ou alistar menor de dezoito anos nas forças armadas nacionais ou em grupo armado organizado:

Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

Parágrafo único. A pena será aumentada de um terço a dois terços, se o recrutado ou alistado participar das hostilidades.

Crime de guerra por não-repatriamento

Art. 80. Opor-se, injustificadamente, ao repatriamento de civil ou prisioneiro de guerra: Pena: reclusão, de cinco a oito anos.

CAPÍTULO III
DOS CRIMES DE GUERRA EM
CONFLITOS ARMADOS DE CARÁTER
NÃO-INTERNACIONAL

Art. 81. Constituem também crimes de guerra, sujeitos às mesmas penas, as condutas previstas no Capítulo II deste Título, quando praticadas em conflitos armados de caráter não- internacional, salvo aquelas descritas no art. 50.

TÍTULO V
DOS CRIMES CONTRA A
ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DO
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Jurisdição brasileira

Art. 82. A aplicação da lei penal brasileira aos crimes definidos neste Título depende de requisição do Tribunal Penal Internacional e das demais condições

previstas no art. 7o do Código Penal ou do art. 10-A do Código Penal Militar.

Inaplicabilidade da suspensão condicional do processo

Art. 83. Não se aplica aos crimes definidos neste Título a suspensão condicional do processo de que trata o art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

CAPÍTULO II
DOS CRIMES EM ESPÉCIE

Falso testemunho ou falsa perícia

Art. 84. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante o Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de um a três anos.

Extinção da punibilidade

Parágrafo único. O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Uso de prova falsa

Art. 85. Apresentar prova perante o Tribunal Penal Internacional sabendo-a falsa, material ou ideologicamente:

Pena: reclusão, de um a três anos.

Corrupção ativa de testemunha, perito, tradutor ou intérprete

Art. 86. Dar, oferecer, prometer dinheiro, recompensa ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade perante o Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Obstrução processual

Art. 87. Impedir ou dificultar o comparecimento de testemunha, perito, tradutor ou intérprete no Tribunal Penal Internacional, ou interferir em seu depoimento ou manifestação:

Pena: reclusão, de um a três anos.

Retaliação contra testemunha, perito, tradutor ou intérprete

Art. 88. Usar de violência ou grave ameaça como retaliação contra testemunha, perito, tradutor ou intérprete, em virtude de depoimento ou manifestação prestados perante o Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Dano processual

Art. 89. Destruir, suprimir, subtrair, falsificar, no todo ou em parte, ou alterar provas, retardar ou interferir em prejuízo da coleta de provas em procedimento do Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de um a três anos.

Corrupção ativa de funcionário

Art. 90. Dar, oferecer, prometer dinheiro, recompensa ou qualquer outra vantagem a funcionário do Tribunal Penal Internacional, ou colocar entraves em seu trabalho para constrangê-lo ou induzi-lo a não cumprir suas funções ou exercê-las de modo indevido:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Retaliação ou ameaça contra funcionário

Art. 91. Usar de violência ou grave ameaça como retaliação contra funcionário do Tribunal Penal Internacional, em razão de função desempenhada por ele ou por outro funcionário, ou ameaçá-lo, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave, com objetivo de constrangê-lo a não cumprir suas funções ou exercê-las de modo indevido:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Corrupção passiva

Art. 92. Solicitar, exigir, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão da qualidade de funcionário do Tribunal Penal Internacional:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

TÍTULO VI

DAS NORMAS PROCESSUAIS

Interesse da União

Art. 93. Os crimes previstos nesta Lei se fundam em tratado internacional sobre direitos humanos e atentam contra os interesses da União.

Ação penal

Art. 94. A ação penal para os crimes previstos nesta Lei é pública incondicionada, salvo quando a lei condicionar seu exercício a representação do Advogado-Geral da União ou a requisição do Tribunal Penal Internacional, e será promovida pelo Ministério Público Federal ou Militar.

Procedimento aplicável

Art. 95. Salvo as exceções previstas nesta Lei, aplica-se aos crimes da competência da Justiça Comum o procedimento ordinário da competência do juiz singular, e, aos crimes da competência da Justiça Militar da União, o procedimento ordinário previsto para os crimes militares em tempo de paz.

Procedimento para os crimes de guerra em conflitos internacionais

Parágrafo único. No caso de crimes de guerra praticados em conflito armado internacional, havendo o deslocamento da Justiça Militar e do Ministério Público Militar para o local de operações, aplicar-se-á o procedimento previsto para os crimes militares em tempo de guerra.

Normas procedimentais específicas

Art. 96. Não se aplicam as normas processuais referentes à limitação do número de testemunhas e aos prazos.

- § 1o Caberá ao juiz, de acordo com o número de acusados, a complexidade da prova e outras peculiaridades do caso, fixar previamente os prazos processuais de cada etapa procedimental.

- § 2o Estando o investigado ou acusado preso, a sentença deverá ser proferida no prazo máximo de dois anos, devendo o juiz rever, fundamentadamente, a necessidade da persistência da prisão a cada seis meses.

- § 3o Na hipótese de revogação da prisão, ou findo o prazo máximo previsto no § 2o, o acusado será posto em liberdade, devendo o juiz adotar medidas que assegurem sua permanência no distrito da culpa, tais como recolhimento domiciliar, retenção de passaporte, liberdade vigiada e apresentação periódica ao

Juízo.

Colaboração espontânea

Art. 97. Nos crimes praticados por organização criminosa, quadrilha, bando ou concurso de agentes, o juiz, a requerimento do Ministério Público, no caso de condenação, reduzirá a pena de um terço a dois terços, em relação ao agente cuja colaboração espontânea, manifestada em todas as fases da persecução penal e em todos os processos relacionados ao fato, levar ao esclarecimento das infrações penais, à identificação de seus demais co-autores ou partícipes, à localização das vítimas com vida e à recuperação total ou parcial do produto dos crimes.

Parágrafo único. A disposição de colaborar poderá ser expressa em termo de compromisso assinado pelo investigado ou acusado, assistido por advogado e pelo Ministério Público, mantido o sigilo necessário à segurança do beneficiado, deverá ocorrer em todas as fases da persecução penal e em todos os processos relacionados ao fato, sob pena de indeferimento ou revogação do benefício concedido.

Proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores

Art. 98. Aplicam-se aos crimes previstos nesta Lei as disposições legais concernentes à proteção de vítimas, testemunhas e réus colaboradores, cabendo à autoridade policial, ao Ministério Público e aos órgãos do Poder Judiciário facilitar a solicitação de ingresso nos programas de proteção, principalmente nas situações de urgência.

TÍTULO VII
DA COOPERAÇÃO COM O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Formas de cooperação

Art. 99. A cooperação com o Tribunal Penal Internacional independe de homologação ou
exequatur e compreende os seguintes atos:

I - prisão preventiva e entrega de pessoa;

II - prisão preventiva antecipada e outras formas de

limitação de liberdade; III - outras formas de

cooperação, tais como:

a) identificação e localização de pessoa ou coisa;

b) coleta e produção de provas, tais como depoimento, perícia, relatório e inspeção, inclusive a exumação e o exame de cadáver enterrado em fossa comum;

c) interrogatório;

d) requisição, autenticação e transmissão de registro e documento, inclusive oficial, público e judicial;

e) facilitação do comparecimento voluntário, perante o Tribunal Penal Internacional, de pessoa que deponha na qualidade de testemunha ou perito;

f) transferência provisória de pessoa presa;

g) busca e apreensão;

h) proteção de vítima e testemunha, bem como preservação de prova;

i) identificação, localização, rastreamento, bloqueio, indisponibilização, seqüestro ou arresto, apreensão e perdimento de instrumento e produto do crime, bem como de bem adquirido com o produto do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiro de boa fé;

j) qualquer outro tipo de assistência ou auxílio previsto no ordenameto jurídico nacional ou no Estatuto de Roma, destinado a facilitar a investigação, persecução, o julgamento e a execução de decisão do Tribunal Penal Internacional; e

l) execução de pena aplicada pelo Tribunal Penal Internacional.

Procedimento dos pedidos de cooperação

Art. 100. A requisição de cooperação do Tribunal Penal Internacional será recebida pela via diplomática e encaminhada, em cinco dias, pelo Ministério das Relações Exteriores ao Ministério da Justiça, designado Autoridade Nacional de Cooperação com o Tribunal Penal Internacional, que a encaminhará, no prazo máximo de trinta dias, à autoridade competente para sua execução.

- § 1o O Ministério da Justiça encaminhará ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a requisição de entrega, de prisão preventiva para entrega ou de prisão preventiva antecipada, bem como de outras medidas que dependam de providências judiciais.

- § 2o Se o ato de cooperação depender de providência compreendida nas atribuições de órgão da administração pública federal ou estadual, caberá ao próprio Ministério da Justiça determinar e promover as medidas cabíveis.

- § 3o O Ministério da Justiça comunicará, no prazo de cinco dias, à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República qualquer requisição de cooperação prevista no art. 99.

- § 4o Nos atos de cooperação concernentes especificamente à proteção

de vítimas e testemunhas, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República atuará como Autoridade Nacional de Cooperação, devendo observar os procedimentos previstos nesta Lei.

Cooperação com o Procurador do Tribunal Penal Internacional

Art. 101. A requisição de cooperação proveniente do Procurador do Tribunal Penal Internacional, nos termos do art. 54 do Estatuto de Roma, será encaminhada diretamente ao Procurador- Geral da República.

Parágrafo único. O Procurador-Geral da República informará, no prazo de cinco dias, o Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores e a Advocacia-Geral da União sobre a requisição recebida e a medida determinada.

Preservação do sigilo legal

Art. 102. A autoridade incumbida de prestar a cooperação preservará o sigilo na sua execução, quando necessário, bem como garantirá a segurança e a integridade física e psicológica do investigado, da vítima, da possível testemunha e de seus familiares.

Parágrafo único. Aplica-se à cooperação com o Tribunal Penal Internacional a restrição à divulgação de informação sigilosa, prevista em lei.

Irrelevância da inexistência de procedimento

Art. 103. A cooperação não poderá ser negada sob o único fundamento de inexistência de procedimento interno que discipline a execução da medida requisitada.

Segurança nacional

Art. 104. Se a cooperação consistir na apresentação de documento, informação ou divulgação de prova que afete o interesse da segurança nacional, a Autoridade Nacional de Cooperação coordenará a consulta com o Tribunal Penal Internacional, nos termos do art. 72 do Estatuto de Roma, a fim de estabelecer condições para o cumprimento da medida.

Parágrafo único. Em caso de absoluta impossibilidade de cumpri-la, a Autoridade Nacional de Cooperação comunicará ao Tribunal, sem demora, o motivo da recusa.

Consulta no caso de dificuldade na cooperação

Art. 105. A Autoridade Nacional de Cooperação, pela via diplomática, consultará o Tribunal Penal Internacional quando houver dificuldade na execução de requisição de cooperação, tais como:

I - insuficiência de informação;

II - impossibilidade de localização da pessoa procurada;

III - dúvida sobre a identidade da pessoa presa ou procurada;

IV - aparente conflito entre a execução da requisição e outra obrigação internacional assumida pelo Brasil, por meio de tratado, inclusive em matéria de imunidade de terceiro Estado ou imunidade diplomática de pessoa ou bem (art. 198 do Estatuto de Roma); e

V - interferência do pedido de cooperação em investigação ou processo criminal em andamento ou em execução.

Parágrafo único. Na hipótese do art. 101, a consulta prevista no caput será realizada pelo Procurador-Geral da República ao Procurador do Tribunal Penal Internacional.

Crime de obstrução da cooperação

Art. 106. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, o funcionário público, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, com o fim de dificultar ou frustrar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional ou com seus órgãos:

Pena: reclusão, de dois a cinco anos.

Custeio das despesas com a cooperação e a execução penal

Art. 107. Correrão à conta do Tesouro Nacional as despesas ordinárias decorrentes da execução das requisições de cooperação com o Tribunal Penal Internacional e da execução de suas penas no território nacional, excetuadas as mencionadas no art. 100 do Estatuto de Roma e na Regra 208 de seu Regulamento Processual, e ressalvada disposição em contrário fixada em tratado internacional.

CAPÍTULO II
DA PRISÃO PREVENTIVA E ENTREGA

Prisão preventiva para entrega

Art. 108. O Supremo Tribunal Federal, verificando que a requisição de prisão preventiva e entrega atende aos requisitos do art. 91 do Estatuto de Roma e à Regra 187 de seu Regulamento Processual, expedirá o mandado de prisão, que

conterá os motivos da ordem e será instruído com cópia da requisição originária.

Parágrafo único. A prisão perdurará até a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar nem a prisão-albergue.

Concorrência entre requisição de entrega e pedido de extradição

Art. 109. Havendo concorrência entre a requisição de entrega e um ou mais pedidos de extradição sobre a mesma pessoa e os mesmos fatos, a Autoridade Nacional de Cooperação, pela via diplomática, comunicará o fato ao Tribunal Penal Internacional e aos Estados requerentes.

Parágrafo único. O pedido de extradição ficará suspenso até a decisão sobre a entrega.

Prevalência da entrega sobre a extradição

Art. 110. A requisição de entrega prevalecerá sobre o pedido de extradição, nos termos do art. 90 do Estatuto de Roma.

Indeferimento de extradição em caso de entrega não efetivada

Parágrafo único. Indeferida a extradição na hipótese prevista no art. 90 (8) do Estatuto de Roma, o Brasil notificará o Procurador do Tribunal Penal Internacional, nos termos da Regra 186 de seu Regulamento Processual.

Prazo para a defesa

Art. 111. O preso poderá, no prazo de dez dias, contados da efetivação da prisão, manifestar-se sobre o pedido de entrega, mediante defensor de sua confiança, ou mediante defensor público, caso seja beneficiário da assistência judiciária, ou mediante defensor dativo.

Matéria de defesa

Art. 112. O preso que não concordar com a entrega poderá apresentar defesa limitada à identidade da pessoa requisitada, ao defeito de forma dos documentos apresentados, à coisa julgada e à prevalência da extradição sobre a entrega.

Conversão do julgamento em diligência

Art. 113. Não estando o processo devidamente instruído, o Supremo Tribunal Federal, de ofício, ou a requerimento do Procurador-Geral da República, que oficiará no feito em todos os seus termos, ou da pessoa alvo da entrega, poderá converter o julgamento em diligência para suprir a falta no prazo de sessenta dias, contados da data da notificação à autoridade brasileira que puder cumpri-la ou da que o Ministério das Relações Exteriores fizer ao Tribunal Penal Internacional, findo o qual o processo será julgado independentemente da diligência.

Defesa sobre coisa julgada

Art. 114. Se a defesa versar sobre coisa julgada, o Supremo Tribunal Federal suspenderá o procedimento e, encaminhando a documentação pertinente, determinará à Autoridade Nacional de

Cooperação que consulte o Tribunal Penal Internacional sobre a existência ou pendência de decisão de admissão do caso, nos termos do art. 89 (2) do Estatuto de Roma.

- § 1o Se o caso tiver sido admitido, o Supremo Tribunal Federal dará seguimento ao processo de entrega.

- § 2o Na pendência de decisão sobre a admissibilidade do caso, o Supremo Tribunal Federal suspenderá o processo pelo prazo previsto no art. 109, findo o qual deliberará sobre a continuidade da prisão preventiva e restituirá os autos à Autoridade Nacional de Cooperação, que poderá reapresentá-lo quando o Tribunal Penal Internacional houver se manifestado.

Concordância do preso com a entrega

Art. 115. Havendo concordância do preso, sempre que o Direito brasileiro o permitir, o Supremo Tribunal Federal imediatamente ordenará sua entrega e o colocará à disposição do Tribunal Penal Internacional.

Efetivação da entrega

Art. 116. Em caso de improcedência da defesa, o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, ordenará a entrega e colocará o preso à disposição do Tribunal Penal Internacional.

Entrega temporária

Art. 117. Se a pessoa reclamada estiver respondendo a procedimento criminal ou cumprindo pena no Brasil por crime diverso daquele que motivou a requisição de entrega, o Brasil, após a ordem de entrega do Supremo Tribunal Federal, caso entenda que a pessoa deva responder pelo crime da jurisdição brasileira,

consultará o Tribunal Penal Internacional se a entrega poderá se efetivar em caráter temporário, nos termos da Regra 183 do Regulamento Processual, e se o Tribunal Penal Internacional poderá restituí-la às autoridades brasileiras, ainda que seja absolvida dos crimes internacionais.

CAPÍTULO III
DA PRISÃO PREVENTIVA ANTECIPADA

Expedição de mandado de prisão preventiva antecipada

Art. 118. Antes de receber a requisição de entrega, o Supremo Tribunal Federal poderá expedir mandado de prisão preventiva antecipada, quando requisitada pelo Tribunal Penal Internacional e atendidos os requisitos do art. 92 do Estatuto de Roma e de seu Regulamento Processual.

Relaxamento da prisão preventiva antecipada

Art. 119. A prisão preventiva antecipada poderá ser relaxada se o Supremo Tribunal Federal não tiver recebido a requisição de entrega e os documentos que a instruem no prazo de sessenta dias, a contar da data da prisão.

Possibilidade de nova prisão

Parágrafo único. O relaxamento da prisão não impedirá a expedição de novo mandado, se a requisição de prisão e entrega, nos termos do art. 108 desta Lei e art. 91 do Estatuto de Roma, for apresentada em data posterior.

Concordância do preso com a entrega

Art. 120. Havendo concordância do preso antes de decorrido o prazo previsto no art. 119, sempre que o Direito brasileiro o permitir, o Supremo Tribunal Federal imediatamente ordenará sua entrega e o colocará à disposição do Tribunal Penal Internacional.

Parágrafo único. Entregue o preso na forma do art. 92 (3) do Estatuto de Roma, o Brasil poderá requerer ao Tribunal Penal Internacional a remessa dos documentos indicados no art. 91 do Estatuto de Roma, de acordo com a Regra 189 de seu Regulamento Processual.

CAPÍTULO IV
DAS OUTRAS FORMAS DE COOPERAÇÃO

Transferência temporária de pessoa presa

Art. 121. No caso da medida prevista na alínea “f” do art. 99, a transferência provisória de pessoa presa dependerá de seu consentimento, colhido na presença do juiz responsável pela custódia, e será executada pela Autoridade Nacional de Cooperação, em coordenação com o Secretário do Tribunal Penal

Internacional, observando-se o disposto no art. 93 (7) do Estatuto de Roma e a Regra 192 do Regulamento Processual.

Transferência temporária de pessoa presa no Brasil por sentença do Tribunal Penal Internacional

Parágrafo único. No caso de transferência temporária de pessoa presa no Brasil por sentença do Tribunal Penal Internacional, aplica-se o disposto na Regra 193 do Regulamento Processual.

Notificação para comparecimento

Art. 122. Recebida a requisição de notificação para comparecimento voluntário de qualquer pessoa ao Tribunal Penal Internacional, a Autoridade Nacional de Cooperação procederá à diligência necessária para notificá-la.

Parágrafo único. Após cumprida a diligência ou certificada a impossibilidade de seu cumprimento, a autoridade devolverá o pedido ao Tribunal Penal Internacional pela via diplomática.

Diligências do Procurador do Tribunal Penal Internacional no território nacional

Art. 123. O Procurador do Tribunal Penal Internacional, nas hipóteses previstas nos arts. 54 (2) e (3) 57(3)(d) do Estatuto de Roma, poderá realizar diligência diretamente no território nacional, mediante prévia comunicação à Autoridade Nacional de Cooperação, que a transmitirá ao Procurador- Geral da República no prazo de cinco dias.

- § 1o As autoridades brasileiras prestarão todo o auxílio necessário à atuação do Procurador do Tribunal Penal Internacional.

- § 2o Havendo riscos à ordem pública, notadamente no tocante à segurança de pessoa envolvida na diligência, a Autoridade Nacional de Cooperação ou o Procurador-Geral da República consultará previamente o Procurador do Tribunal Penal Internacional, a fim de que a diligência seja cumprida sem riscos.

CAPÍTULO V
DA EXECUÇÃO DAS PENAS IMPOSTAS PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Regras gerais

Art. 124. A execução da pena imposta pelo Tribunal Penal Internacional no Brasil obedecerá ao disposto nos arts. 103 a 111 do Estatuto de Roma e às Regras 198 a 225 de seu Regulamento Processual.

Execução de pena privativa de liberdade no território nacional

Art. 125. A execução, em território nacional, de pena privativa de liberdade, imposta pelo Tribunal Penal Internacional, dependerá de celebração de tratado com o Brasil, e será cumprida em estabelecimento prisional federal.

Controle jurisdicional da execução da pena

Art. 126. A pena executada no território nacional não poderá ser modificada pela autoridade judiciária brasileira.

- § 1o Compete ao Tribunal Penal Internacional decidir todos os pedidos e incidentes da execução da pena, inclusive a transferência para estabelecimento prisional em outro país.

- § 2o As autoridades brasileiras permitirão a livre e confidencial comunicação do condenado com seu advogado e com o Tribunal Penal Internacional.

- § 3o A Autoridade Nacional de Cooperação encaminhará requerimento do condenado, ou de seu advogado, ao Tribunal Penal Internacional.

Execução de pena não privativa de liberdade e outros efeitos da condenação

Art. 127. A execução de multa, a perda de bens e outros efeitos da condenação pelo Tribunal Penal Internacional obedecerão, no que couber, à legislação nacional, devendo os valores arrecadados serem imediatamente colocados à disposição do Tribunal Penal Internacional, deduzidas as despesas com sua arrecadação, administração e remessa.

TÍTULO VIII
DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Nova redação do art. 7o do Código Penal

Art. 128. O art. 7o do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal, Parte Geral), passa a ter a seguinte redação:

- "Art. 7o

.....

.....

.....

.....

III - os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra, contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional e outros que venham a ser acrescidos à jurisdição desse Tribunal com a adesão do Brasil, ainda que cometidos no estrangeiro, por agente que não seja brasileiro.

.....

.....

- § 3o .....

.....

.....

b) houve representação do Advogado-Geral da União.

- § 4o Nos casos do inciso III, a aplicação da lei brasileira obedecerá às seguintes regras:

I - nos crimes praticados no estrangeiro, por agente não brasileiro, a aplicação da lei brasileira dependerá do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional ou ter havido representação do Advogado-Geral da União;

b) não estar sendo o agente processado no estrangeiro ou não ter aí sido condenado;

c) não ter sido concedida a extradição, nem requisitada a entrega ao Tribunal Penal Internacional;

II - nos crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, a aplicação da lei penal brasileira dependerá do concurso das seguintes condições:

a) ser o agente brasileiro ou o crime ter sido praticado no território nacional, ou, nas demais hipóteses, estarem presentes as condições do inciso I;

b) houver requisição do Tribunal Penal Internacional;

c) não ter sido o agente condenado no estrangeiro ou não ter sido processado pelo Tribunal Penal Internacional.” (NR)

Acréscimo ao Código Penal Militar

Art. 129. É acrescido o seguinte artigo ao Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar):

“Art. 10-A. São também crimes militares, sujeitos à lei brasileira, ainda que cometidos fora do território nacional, os crimes de guerra, qualquer que seja o seu agente, e os crimes de genocídio, contra a humanidade e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, quando praticados por militar ou combatente, nacional, estrangeiro ou apátrida, nas situações descritas no inciso II do art. 9o.

Parágrafo único. Nos casos deste artigo, a aplicação da lei penal militar brasileira obedecerá às seguintes regras:

I - nos crimes praticados no estrangeiro, por agente não brasileiro, a

aplicação da lei penal militar brasileira dependerá do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional ou ter havido representação do Advogado-Geral da
União;

b) não estar sendo o agente processado no estrangeiro ou não ter aí sido condenado;

c) não ter sido concedida a extradição, nem requisitada a entrega ao Tribunal Penal
Internacional;

II - nos crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, a aplicação da lei penal militar brasileira dependerá do concurso das seguintes condições:

a) ser o agente brasileiro ou o crime ter sido praticado no território nacional, ou, nas demais hipóteses, estarem presentes as condições do inciso I;

b) houver requisição do Tribunal Penal Internacional;

c) não ter sido o agente condenado no estrangeiro, ou não ter aí cumprido a pena, nem ter sido processado pelo Tribunal Penal Internacional." (NR)

Legislação revogada

Art. 130. Ficam revogados:

I - a alínea "d" do inciso I do art. 7o do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

II - a Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956; e

III - os arts. 208, 395, 401, 402 e 406 do Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar).

Art. 131. Esta Lei entra em vigor na

data de sua publicação. Brasília,

EMI. No 18 SEDH-PR/MJ/MRE//AGU

Brasília, em 20 de novembro de 2007.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

O Brasil assinou, em 17 de julho de 1998, o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituição permanente e complementar às

jurisdições penais nacionais, com competência para julgar indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade.

2. Após a aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo no 112, de 6 de junho de 2002, o referido ato internacional passou a vigorar, para o Brasil, em 1o de setembro de 2002. Desde então, faz-se necessária a regu1amentação dos tipos penais criados pelo Estatuto de Roma e ainda não previstos em nosso ordenamento jurídico interno.

3. Com exceção do crime de genocídio, já tipificado em lei própria, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade ainda não são previstos em nossa legislação e demandam regulamentação legal.

4. Desse modo, com o intuito de incorporar o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional, e assim dar cumprimento ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da Republica instituiu sob sua coordenação Grupo de Trabalho (GT) que resultou na elaboração do Projeto de Lei que "dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais especificas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providencias".

5. Após quase quatro anos de dedicação e afinco, os membros do Grupo, composto por renomados juristas representantes do Ministério Publico Militar, do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), apresentam como resultado o referido Projeto de Lei, acompanhado de uma exaustiva justificativa que fazemos questão de incluir como anexo desta Exposição de Motivos pelo seu valor não só jurídico, mas também acadêmico.

6. O presente Projeto de Lei tem como propósito possibilitar o exercício da jurisdição primaria pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Assegura- se, assim, que, em nenhuma hipótese, uma pessoa ou um crime internacional sujeito à jurisdição penal brasileira renda ensejo à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pois se dota o País dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais.

7. Por fim, ressaltamos a valiosa contribuição recebida do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), especialmente no que diz respeito ao artigo 39 e ao parágrafo único do artigo 58, permitindo que o texto do Projeto de Lei contemplasse, de maneira mais abrangente, dispositivos previstos no direito humanitário internacional.

Respeitosamente,

Assinado por: Paulo Vannuchi, Tarso Genro, Celso Amorim e José Antonio Dias Toffoli