

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL I

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

GUSTAVO ASSED FERREIRA

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Florisbal de Souza Del Olmo, Gustavo Assed Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-164-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

O Direito Internacional passou por importantes transformações nas últimas décadas. De um lado, a globalização e o incremento da tecnologia da informação significaram novos limites para os mais distintos campos do Direito Internacional e para as Relações Internacionais. Por outro lado, a crise global de 2008 e seus impactos, também significaram desafios adicionais para a disciplina e para os seus operadores. Os artigos apresentados no GT Direito Internacional I enfrentam o quadro acima descrito. Os trabalhos debatem as mais distintas áreas do Direito Internacional, tais como comércio internacional, meio ambiente, investimentos e arbitragem. Essa compilação de textos sintetiza, com a devida profundidade, a essência dos debates acontecidos em Brasília.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del Olmo (URI)

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira (USP)

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato (FURG)

OS CONFLITOS ARMADOS NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO E A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DA PRIMEIRA SENTENÇA PROFERIDA PELA CORTE INTERNACIONAL.

ARMED CONFLICT IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO AND THE COURT OF INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION : AN ANALYSIS OF THE FIRST JUDGMENT BY THE INTERNATIONAL COURT .

Daniel Brocanelli Garabini

Resumo

O estudo tem com o objeto a análise da intervenção humanitária internacional, pela sua forma repressiva complementar, através do Tribunal Penal Internacional, que, na medida de sua competência, atribuindo aos atores dos conflitos armados responsabilidades por crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma, tem o papel de julgá-los. O estudo de caso a partir do julgamento de Thomas Lubanga Dyilo, líder do movimento rebelde na República Democrática do Congo, denominado União de Patriotas Congolese (UPC), serve então de norte para a aferição das teorias erigidas da norma internacional e da jurisprudência do TPI e sua aplicabilidade funcional no presente trabalho.

Palavras-chave: Tribunal penal internacional, Conflitos armados, República democrática do congo, Responsabilidade individual

Abstract/Resumen/Résumé

This articule analysis the international humanitarian intervention, by its form repressive complementary, through the International Criminal Court, which, to the extent of their competence, assigning responsibility to the actors of the armed conflict for international crimes under the Rome Statute, has the role to judge them. The case study from the trial of Thomas Lubanga Dyilo, leader of the rebel movement in the Democratic Republic of Congo, called the Union of Congolese Patriots (UPC), it is north to the measurement of the theories used by the standard and jurisprudence of the ICC and its applicability functional in the present work.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International criminal court, Armed conflict, Democratic republic of congo, Individual responsibility

INTRODUÇÃO

A sociedade internacional tem como característica intrínseca a heterogeneidade, contrapondo-se à ideia de comunidade internacional, a qual pressupõe um vínculo de alguma natureza, seja econômico, cultural ou étnico.

Isso explica em parte os diversos conflitos armados instaurados hodiernamente e a dificuldade dessa mesma Sociedade em alcançar uma solução pacífica para todos os problemas emergentes.

A dificuldade se torna ainda maior quando nos deparamos com questões relativas aos crimes de guerra cometidos durante tais conflitos e o limite da responsabilidade de cada ator do cenário.

O presente artigo propõe uma reflexão sobre esses temas a partir de um determinado conflito surgido na República Democrática do Congo, expondo, em um primeiro momento, breves linhas sobre o Direito Internacional Humanitário e sobre o Direito Internacional Penal.

Após, será feita uma breve exposição sobre a criação do Tribunal Penal Internacional e a definição de alguns de seus princípios norteadores, buscando uma análise do processo de integração entre os diversos países que ratificaram seu Estatuto.

Por último, tomar-se-á como paradigma a primeira sentença proferida pelo Tribunal Penal Internacional e a jurisprudência firmada em torno do artigo 25 (3) do Estatuto de Roma, para se compreender a atual discussão jurídica que envolve o tema da responsabilidade individual penal internacional.

1. Algumas considerações para compreensão do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional Penal

O Direito Internacional Humanitário surgiu da necessidade de se implantar mecanismos de proteção dos direitos humanos em conflitos armados. Segundo Swinarski citado por Marco Aurélio Reis:

É um conjunto de normas internacionais, que se originam em convenções ou em costumes, especificamente destinadas a serem aplicadas em conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, que limitam por razões humanitárias, o direito das partes em conflito escolher livremente os métodos e os meios utilizados no combate (Direito de Haia) e que protegem as pessoas e os bens afetados (Direito de Genebra). (REIS, 2010, p. 1)

Trata-se de um ramo do direito internacional de proteção dos direitos humanos atingidos em um conflito, estabelecendo um mínimo de garantias. A expressão *jus in bello* ou direito na guerra se revela nesse contexto de afronta à dignidade humana, possibilitando a intervenção humanitária em casos de beligerância entre Estados ou em conflitos internos.

Dada a importância do tema, suas normas são concebidas como *jus cogens*, ou seja, qualquer acordo ou convenção que afrontar disposições de direito humanitário são considerados nulas. Algumas hipóteses de violações ao Direito Internacional Humanitário estão dispostas no artigo 130 da Convenção de Genebra:

As infrações graves a que alude o artigo anterior são as que abrangem qualquer dos atos seguintes, quando cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: homicídio intencional, tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, causar intencionalmente grandes sofrimentos ou ofender gravemente a integridade física ou a saúde, obrigar um prisioneiro de guerra a servir nas forças armadas da Potência inimiga, ou privá-lo de seu direito de ser julgado regular e imparcialmente segundo as prescrições desta Convenção (COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 1992 a, p. 110).

Especificamente no caso Lubanga, o Tribunal Penal Internacional sentenciou o líder da milícia congoleza a quatorze anos de prisão por aliciar e arregimentar em seu exército crianças e adolescentes menores de quinze anos (child soldiers), prática infelizmente comum em conflitos desencadeados no continente africano, os quais demonstram que as hipóteses previstas na Convenção de Genebra são apenas exemplificativas.

Contudo, a sociedade internacional ao implementar o DIH mira com ênfase no aspecto preventivo, que se torna muito mais eficiente do que a mera repressão dos crimes já cometidos, uma vez que se tem em foco evitar infrações em massa que acabam por gerar inúmeras vítimas.

Dentre os mecanismos de implementação, destacam-se quatro tipos de medidas, conforme arremata Swinarski, citado por Marco Aurélio Reis:

- medidas de implementação nacional: internalização pelos Estados em seu sistema jurídico das normas do DIH;
- medidas preventivas: publicidade do conteúdo da Convenção de Genebra, programas de educação em DIH nas escolas militares, divulgação em tempo de guerra ou paz, etc.
- medidas de controle: Instituição de Potência Protetora que visa salvaguardar os interesses humanitários em um conflito armado, zelando pela aplicação da Convenção de Genebra a cargo de um Estado neutro ou sua substituição por um Organismo Internacional, a exemplo da Cruz Vermelha, bem como a instituição de Comissão Internacional para averiguar fatos que constituam infrações graves às Convenções de Genebra.
- medidas de repressão: no âmbito interno dos Estados significa a adoção de instrumentos de punição efetivos pelos Tribunais internos; no âmbito internacional, a jurisdição complementar a cargo do Tribunal penal Internacional, Corte Internacional de Justiça. (REIS, 2010, p. 8)

Cabe estabelecer um conceito de intervenção humanitária que engloba na medida do possível todos os aspectos primordiais. Nesse prisma, a doutrina apresenta várias concepções que podem ser aglutinadas em torno de elementos comuns, como o uso da força armada por um Estado ou em grupo, não havendo o consentimento do Estado onde se dará a intervenção, com o objetivo de cessar as violações em massa dos Direitos Humanos.

Na medida em que os mecanismos preventivos fracassam, resta à comunidade internacional valer-se de instrumentos de repressão como forma de retribuição penal diante dos atentados contra os direitos humanos. Dessa forma, a intervenção humanitária ganha destaque durante e após os conflitos, e neste particular, se insere o Tribunal Penal Internacional como apto a processar e julgar os envolvidos em um conflito submetidos à sua jurisdição.

Exsurge nesse compasso o Direito Internacional Penal, o qual pode ser compreendido como o “ramo do Direito Internacional que se constitui por normas internacionais destinadas a qualificar e disciplinar a responsabilidade dos indivíduos por crimes definidos como internacionais” (LIMA, 2011). Não só busca estabelecer o rol de crimes internacionais, mas os procedimentos e a estrutura para a persecução desses crimes, além de um sistema para execução das penas.

Tem como objeto de estudo a macrocriminalidade política, definida em um sentido estrito como “criminalidade fortalecida pelo Estado, crime coletivo politicamente condicionado”, mas em um sentido amplo, mais condizente com as disposições do Estatuto de Roma, abrangeria também os crimes internacionais realizados com atos não estatais, de modo a favorecer a máxima proteção às vítimas em potencial (AMBOS, 2008).

Nesse contexto, observa-se uma característica importante dos crimes internacionais tipificados no artigo 5º ao 8º do Estatuto de Roma, a de que, não raras as vezes, o cometimento de infrações se dá de forma coletiva, advindo a necessidade de uma abordagem dogmática condizente com a natureza desses crimes.

A guerra não mais se justifica no atual cenário internacional, marcado pela intensa integração em diferentes níveis. O Direito internacional penal se solidifica a partir dessa necessidade de se buscar coerência e integridade jurídica com a colaboração imprescindível dos Estados.

2. A criação do Tribunal Penal Internacional e alguns princípios norteadores de sua atuação

As duas grandes guerras mundiais se estabeleceram como um marco para a sociedade internacional no que se refere à proteção dos direitos humanos.

A partir desses eventos concentrou-se esforços no sentido de se estabelecer um rol de direitos mínimos que assegurariam a coexistência dos povos de maneira harmônica, ao menos no sentido de se afastar as graves violações dos direitos humanos, e com o fim dos conflitos, desencadeou-se um movimento de punição aos responsáveis pelos crimes contra a humanidade¹.

Inicialmente, após o fim da primeira guerra mundial, a sociedade internacional encabeçada pelos países vencedores promoveu várias tentativas de se criar instituições internacionais com o fim de julgar os crimes de guerra, a exemplo do que ficou disposto no Tratado de Versalhes. Apesar dos esforços nesse sentido, a concepção de soberania vigente à época foi um entrave para o sucesso da empreitada, contudo essas iniciativas deram impulso posteriormente aos tribunais *ad hoc* criados após o fim da segunda guerra mundial. Antonio Cassese assevera que:

Essas primeiras tentativas foram elogiáveis por sua visão ao reconhecer a necessidade de um organismo internacional de jurisdição penal, mas as iniciativas não conseguiram dar frutos em uma época que valorizava excepcionalmente as questões de soberania nacional (...). Na prática, isso implicava não se poder criar qualquer mecanismo viável que pudesse possibilitar que um funcionário de Estado – muito menos um Chefe de Estado – acusado de crimes de guerra ou outros abusos fosse levado à justiça, exceto por um Estado vitorioso em um conflito armado internacional. (CASSESE, 2005)

O genocídio nazista e as ocupações japonesas em países asiáticos propiciaram um cenário favorável à instalação de Tribunais *ad hoc* pelos Aliados com o objetivo de julgar os crimes ocorridos, como parte de uma política de imposição dos vencedores sobre os vencidos.

¹ Aduz Valério de Oliveira Mazzuoli que: “Trata-se, portanto, do direito do pós-guerra, nascido em decorrência dos horrores cometidos pelos nazistas durante este período (1939-1945), e que foi marcado por inúmeras violações de direitos humanos. A partir desse momento histórico, cujo saldo foram 11 milhões de mortos (sendo 6 milhões de judeus) no decorrer desses anos, a sociedade internacional dos Estados viu-se obrigada a iniciar a construção de uma normatividade internacional eficaz, a fim de resguardar e proteger esses direitos, até então inexistente”. (MAZZUOLI, 2011)

Os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio se tornaram os embriões de uma política internacional que culminou com a efetiva criação do Tribunal Penal Internacional. A indignação mundial com as barbáries ocorridas nesse período fomentou a convicção de que jamais se poderia permitir tais acontecimentos novamente, fragilizando a ideia de soberania vigente.

Três aspectos importantes surgiram nesse contexto, como a quebra do monopólio da jurisdição nacional no que se refere a crimes internacionais e de guerra, a criação de novos tipos penais a exemplo dos crimes contra a humanidade e contra a paz mundial e a construção de diversos precedentes judiciais nos julgamentos levados a cabo em Tóquio e Nuremberg, bem como a adoção de seus Estatutos como referências para o futuro.

No final da década de 1940, e com o intuito de responder as críticas sobre uma parcialidade imanente frente à criação de Tribunais *ad hoc* que estabeleceriam a justiça dos vitoriosos após um conflito armado, a Organização das Nações Unidas, Órgão recém-criado após o fracasso da Liga das Nações, procurou explorar as dimensões positivas dessas experiências e buscou estabelecer mecanismos que fossem mais permanentes e imparciais.²

Contudo, as deliberações para a efetiva criação do Tribunal Penal Internacional enfraqueceram diante do cenário de guerra fria que influenciou a diplomacia internacional a partir da década de 1950, ganhando novo impulso após a queda do muro de Berlim e os conflitos étnicos na antiga Iugoslávia e em Ruanda. Em relação a esses dois últimos episódios, foram criados novamente Tribunais *ad hoc* para julgarem os crimes humanitários dali decorrentes. Renata Mantovani de Lima assinala que:

Somente com a derrocada da Guerra Fria é que as relações internacionais puderam novamente progredir. Contudo, por consequência da fragilidade desse modelo, sobreveio a fragmentação e a desordem da sociedade internacional que, associada ao nacionalismo e ao fundamentalismo, fez surgir uma série de conflitos armados internos e internacionais. Nesse contexto de ameaça à paz e à segurança internacionais, o Conselho de Segurança, órgão das Nações Unidas, procurou, de forma premente, revitalizar seus atos e poderes. Assim, interpretando as competências que lhe são atribuídas pelo Capítulo VII da Carta da ONU, relativas a situações de conflitos armados nos quais era possível verificar graves violações de direito internacional humanitário, o principal órgão executivo das Nações Unidas avaliou a possibilidade de atuar como instituição capaz de estabelecer meios jurídicos para a persecução e punição dos responsáveis por aquelas violações. Procedeu, então, à

² Nessa esteira de raciocínio, Antônio Cassese conclui: Os esforços da comunidade internacional organizada para instalar um TPI permanente haviam começado com a Liga das Nações e tiveram continuidade com a ONU. Como dito anteriormente, os esforços da Liga estavam vinculados a um Tribunal Penal Internacional cuja jurisdição se limitava à aplicação da Convenção sobre Terrorismo de 1937, que nunca entrou em vigor. O objetivo da ONU, por sua vez, era muito mais abrangente, pois visava ao estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente. Esses esforços podem ser identificados em duas trajetórias separadas: a codificação de crimes internacionais e a elaboração de um projeto de estatuto para a instalação de um Tribunal Internacional. (CASSESE, 2005)

criação de dois Tribunais Penais ad hoc: para ex-Iugoslávia e para Ruanda. (LIMA, 2012)

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional é fruto do trabalho da Comissão de Direito Internacional desde a década de 1940, e o relatório contendo um projeto para criação do referido Tribunal foi elaborado em 1994 e encaminhado para apreciação na 49ª sessão da Assembleia Geral, que, em princípio, decidiu submetê-lo a um comitê *ad hoc*, de 1995. Após deliberações, o projeto final foi submetido à Conferência Diplomática de Roma, de 15 de junho a 17 de julho de 1998, com a participação de inúmeros países.

Sobre o intenso processo de negociações que envolveu os trabalhos, Philippe Kirsch acentua:

Sendo assim, estava montado o cenário para a Conferência de Roma, e os participantes tinham visões nitidamente distintas sobre qual seria o desfecho das negociações. Para alguns, o TPI deveria significar o cumprimento de uma promessa histórica, um novo pilar entre as instituições internacionais, junto com o Tribunal Internacional de Haia e a Organização das Nações Unidas, para auxiliar a aplicar as normas do direito humanitário, amplamente reconhecidas, mas tantas vezes violadas. Para outros, era preferível uma postura mais cautelosa por enquanto, para que não se criasse uma instituição experimental com poderes abrangentes, que viesse a afetar negativamente o atual sistema de relações internacionais. (KIRSCH, 2005)

Finalmente estabeleceu-se um consenso entre as várias nações participantes do evento, e ao final da conferência promulgou-se o Estatuto de Roma, criando o Tribunal Penal Internacional. Entretanto várias disposições previstas inicialmente foram rechaçadas devido a conflitos com o direito interno de determinados países.

No Brasil, o Congresso Nacional editou o Decreto-Legislativo nº 112, no ano de 2002, aprovando o texto do Estatuto de Roma, cuja aprovação internacional se deu em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, seguido pela edição do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, da Presidência da República, que o promulgou.

No entanto, o TPI foi efetivamente criado no ano de 2002, com competência para julgamento de indivíduos³ pelo cometimento de crimes previstos no Estatuto⁴, sendo a única corte penal internacional permanente. Conta hoje com a adesão de mais de 120 países, apesar

³ A competência do TPI para julgamento das pessoas físicas está expressamente prevista no artigo 25, item 1, do Estatuto de Roma.

⁴ Os crimes previstos no Estatuto também são denominados de *core crimes*, ou seja, infrações mais relevantes e reconhecidas pela comunidade internacional: genocídio, crimes contra a humanidade, de guerra e agressão: In: LIMA, Renata Mantovani de. **Tribunais híbridos e justiça internacional penal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 92.

da não submissão à sua jurisdição por grandes potências mundiais, como China, Rússia e Estados Unidos⁵.

Vários são os princípios que condicionam a atuação do Tribunal, entre eles cabe destacar o princípio da legalidade, da complementaridade e da responsabilidade penal internacional individual, o qual será abordado no item subsequente.

O princípio da legalidade é uma garantia constitucional não somente no ordenamento jurídico brasileiro, mas insculpido na tradição jurídica dos países que seguem o modelo de Civil Law, uma pedra angular do Estado Democrático de Direito, convertendo-se em segurança jurídica com vistas a proibir arbitrariedades do Julgador, especialmente no âmbito penal.

Positivado expressamente nos artigos 22 e 23 do Estatuto de Roma, foi amplamente debatido na ocasião do julgamento no caso proposto, visando imprimir legalidade estrita à responsabilidade individual que se pretendia imputar ao acusado. O *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* são subespécies desse princípio, articulados nos argumentos da acusação e da defesa em suas teses. Contudo, não será objeto da presente pesquisa analisar em detalhes as questões polêmicas e as críticas da doutrina internacional referentes a eventual quebra do aludido princípio em virtude da condenação de Thomas Lubanga pelo TPI.

Por sua vez, o princípio da complementaridade informa que a atuação do TPI é subsidiária, gerando uma presunção relativa de que, em tese, é obrigação dos Estados partes julgarem adequadamente os crimes internacionais ocorridos em seus territórios. A presunção é relativa porque o Tribunal Internacional sempre poderá agir se houver indícios de que a investigação e demais procedimentos judiciais de persecução penal levados a cabo pela Jurisdição interna dos Estados não estão sendo adequados ou, por algum motivo, estão sendo protelados indevidamente, ou ainda, por provocação formal junto à Corte pelo país diretamente interessado.

Destaca-se ainda que, pelo referido princípio, é obrigação dos Estados Partes estabelecerem como prioridade e sob pena de responsabilização internacional dotarem seus ordenamentos jurídicos internos de instrumentos eficazes para a efetiva prestação jurisdicional nesta seara. (LIMA, 2011)

⁵ Vide: PINHEIRO, Aline - Revista **Consultor Jurídico**, 14 de março de 2012.

3. Primeira sentença proferida pelo TPI e a jurisprudência firmada em torno do artigo 25(3) do Estatuto de Roma.

A primeira condenação emitida pelo TPI revelou-se um marco decisivo na busca de efetivação das disposições previstas no Direito Internacional, no que tange à proteção dos direitos humanos.

As inúmeras críticas que recaem sobre a eficácia dessas normas tendem a diminuir com o desenvolvimento de uma robusta jurisprudência a ser desenvolvida pelo Tribunal, com a efetiva participação dos Estados Partes na busca de uma integração jurídica e operacional visando coibir a impunidade.

3.1. Contexto fático

A República Democrática do Congo, assim como inúmeras ex-colônias do continente africano, se vê envolvida em conflitos étnicos e econômicos cujo pano de fundo está relacionado aos recursos naturais existentes naquela região.

Guerras civis eclodem a todo momento, fomentando a criação de grupos armados e milícias que disputam entre si e contra as frágeis estruturas de poder ali existentes, territórios e influência sobre as diversas etnias que compõe o país. A população civil sofre com a fome, com a instabilidade econômica e social e com o desrespeito aos direitos mais básicos do ser humano.

Thomas Lubanga Dyilo, nascido em 29 de dezembro de 1960 em Djiba, Ituri, foi um líder de um movimento rebelde na República Democrática do Congo, a União de Patriotas Congolezes (UPC). Entre 2002 e 2003 surgiram as suspeitas de que seu exército estaria se utilizando de crianças para compor seus quadros, o que levou àquele país a encaminhar o caso ao TPI. Em 23 de junho de 2004, a Corte Internacional decidiu abrir investigação sobre o caso, com a prisão do líder miliciano em 16 de março de 2006.

Lubanga foi acusado formalmente de aliciar, recrutar e colocar em campo de batalha crianças e adolescentes menores de 15 anos. Após seis anos de instrução processual perante a Corte Internacional, o réu foi condenado a quatorze anos de prisão, constituindo-se na primeira sentença condenatória do Tribunal Penal Internacional.

3.2. Aspecto jurídico

A responsabilidade por descumprimento de normas internacionais há muito se resumia em uma responsabilidade objetiva que alcançava somente os Estados. Estes eram concebidos como únicos atores internacionais que compunham a sociedade internacional.

Coube, então, a partir da necessidade urgente de se resguardar os direitos mais básicos do ser humano, notadamente a partir das guerras do século XX, alcançar-se uma noção de responsabilidade individual que concebesse o indivíduo como sujeitos de direitos e deveres no cenário internacional, como parte inerente da personalidade jurídica de cada pessoa⁶.

Da estreita visão de relação coordenada entre Estados, passa-se a uma concepção verticalizada do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, tendo como referenciais próximos os julgamentos de Tóquio e Nuremberg.

A partir desses momentos históricos, a responsabilização do indivíduo por crimes internacionais ganha amplitude e precedentes importantes que culminaram nos dias de hoje com a criação de um Tribunal Penal permanente.

O Estatuto de Roma cuidou de normatizar o princípio da responsabilidade individual penal internacional levando-se em conta as experiências anteriores (como já dito, o Tribunal de Nuremberg, de Tóquio e Tribunais Ad hoc), elencando as hipóteses de incidência no artigo 25 do referido Tratado, cabendo destacar o item 3 (a), o qual dispõe:

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;

E a parte dispositiva da sentença enquadrou a conduta do acusado com base no artigo 8(2)(e)(vii):

Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

A análise sobre a responsabilidade individual a partir da decisão supra se torna interessante na medida em que as hipóteses de incidência previstas no artigo 25 (a)

⁶ Vide: LIMA, Renata Mantovani de. **Tribunais híbridos e justiça internacional penal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 77.

representaram certo avanço na regulamentação da matéria, especialmente se comparado com legislações de outros países. Dessa forma, comete o crime quem o faz individualmente, em coautoria com um terceiro, ou por intermédio de outrem, também denominada pela doutrina como autoria mediata.

Embora a autoria mediata não seja novidade para a doutrina, o diferencial previsto no Estatuto está disposto na parte final do artigo, prescrevendo que a autoria mediata, ou seja, cometer o crime se valendo de interposta pessoa como seu instrumento, configura-se mesmo que este instrumento seja penalmente responsável.

Não deixa de ser uma inovação do Estatuto, tendo em vista que a figura do executor seria penalmente inimputável (menoridade ou incapacidade mental) ou escusado por alguma excludente (coação, erro, cumprimento de ordem não manifestamente ilegal).

Albin Eser denomina tal disposição de “cláusula de independência”, esclarecendo que o Estatuto esteve atento a formas de organização ou estruturas de poder hierarquicamente organizadas de onde podem surgir atos passíveis de serem considerados crimes internacionais. Nesse sentido esclarece:

Essa figura jurídica de um autor (indireto) por detrás do autor (direto), a qual, como *Tater hinterdem tater*, encontrou atenção e elaboração especial na prática e na doutrina alemãs, é uma característica de estruturas de poder hierarquicamente organizadas. Como isso não é só característico de organizações do tipo Máfia, mas também dos sistemas militares, essa espécie de autoria pode facilmente ocorrer com crimes de guerra e outros atos criminosos apoiados pelo Estado. Para ser ainda distinguível da instigação normal (artigo 25,3,b do Estatuto do TPI), esse tipo de “Organisationsherrschaft”, pela qual o crime do autor direto é atribuído ao autor que está por trás dele, embora seja seu, só pode ser justificada se houver um controle suficientemente rígido por parte do autor indireto sobre o direto, semelhante à relação entre superior e subordinado no caso de responsabilidade de comando (artigo 28 do Estatuto do TPI). (ESER, 2005)

A questão jurídica relevante aventada pela Corte diz respeito ao poder de comando que exercia Tomas Lubanga sobre a Organização UPC e de que o mesmo era plenamente consciente de que crianças eram recrutadas para compor os regimentos de seu exército, como parte de um plano comum de expansão e fortalecimento militar na região. Destacou-se ainda a desnecessidade de execução direta do núcleo do tipo penal “recrutar” para a configuração da responsabilidade individual do acusado. Ao final, os magistrados entenderam restarem

provados os elementos objetivos e subjetivos da responsabilização, conforme trechos da sentença:

1004. Those who commit a crime jointly include, inter alia, those who assist in formulating the relevant strategy or plan, become involved in directing or controlling other participants or determine the roles of those involved in the offence. This conclusion makes it unnecessary for the prosecution to establish a direct or physical link between the accused's contribution and the commission of the crimes.

1005. Hence, the Chamber is of the view that the accused does not need to be present at the scene of the crime, so long as he exercised, jointly with others, control over the crime.

1006. The Majority therefore concludes that the commission of a crime jointly with another person involves two objective requirements: (i) the existence of an agreement or common plan between two or more persons that, if implemented, will result in the commission of a crime; and (ii) that the accused provided an essential contribution to the common plan that resulted in the commission of the relevant crime.

These two requirements must be assessed on the basis of all the evidence related to the alleged crime.⁷

O controle e o poder de comando foram essenciais para a configuração do dolo do acusado, alinhando a fundamentação jurídica exposta com a teoria do domínio funcional do fato, teoria elaborada por Roxin e adotada pelo Estatuto de Roma (AMBOS, 2008), especialmente após a prolação da sentença condenatória no caso *Prosecutor vs Lubanga*.⁸

Na verdade, a teoria supra teve como precursor Welzel e sua teoria finalista da ação, esta conceituada como uma vontade dirigida a uma finalidade ou propósito. Por sua teoria do domínio do fato, autor é todo aquele que realiza o fato em forma final, em razão de sua vontade (GRECO, 2012).

A contribuição de Roxin foi a de acrescentar a noção de “divisão de tarefas” no contexto de um plano comum para uma determinada empreitada criminosa. Se houver uma relação de coordenação entre os agentes, ou relação horizontal, estaremos diante de coautoria direta, todos respondendo igualmente pelo crime. Já se houver uma relação verticalizada, própria de um sistema organizacional ou em virtude de aparatos de poder, pode-se vislumbrar a hipótese de autoria mediata em razão dessa particularidade. Aquele que detém o poder de comando, mesmo que distante no tempo e espaço em relação ao fato em si, responderá pelo crime cometido.

⁷ Disponível em: www.icc-cpi.int

⁸ Focusing on the mental element of the charges, the Chamber is of the view that Thomas Lubanga was fully aware that children under the age of 15 had been, and continued to be, enlisted and conscripted by the PC/FPLC and used to participate actively in hostilities during the timeframe of the charges. This occurred, in the ordinary course of events, as a result of the implementation of the common plan – to ensure that the UPC/FPLC had an army strong enough to achieve its political and military aims. Disponível em: www.icc-cpi.int

Na doutrina brasileira, já se menciona este tipo de autoria mediata especial, com determinado culpável e punível, também denominada autoria de escritório, com a contribuição expressiva de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Esta forma de autoria mediata pressupõe uma “máquina de poder”, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou como uma máquina de poder autônoma “mafiosa”, por exemplo. Não se trata de qualquer associação para delinquir, e sim de uma organização caracterizada pelo aparato de seu poder hierarquizado, e pela fungibilidade de seus membros (se a pessoa determinada não cumpre a ordem, outro a cumprirá; o próprio determinador faz parte da organização), (...). A particularidade que isto apresenta está em que aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do domínio do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade de que quando o determinador se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato mais próximo ele está das suas fontes de decisão (ZAFFARONI, 2007).

De posse dessas noções, a participação de Thomas Lubanga no crime de guerra a ele imputado se deu em razão do aparato de poder de sua milícia (UPC).

A decisão da Corte foi no sentido de se considerar o acusado culpado pelo aliciamento de menores de quinze anos para comporem seu exército, indicando na parte dispositiva da sentença a responsabilidade individual por força do art. 25 3 (a), do respectivo estatuto.

4. Conclusão.

A primeira sentença proferida pelo TPI é um marco decisivo para a sociedade internacional no sentido de se buscar o fim da impunidade em conflitos armados que assolam diversos países, especialmente no hemisfério sul do planeta.

Nesse contexto, o Direito Internacional penal solidifica importante jurisprudência ao se considerar culpado por crimes de guerra aqueles que se valem de aparatos organizados de poder para cometerem crimes e muitas vezes se furtarem de suas responsabilidades, alegando não terem sido flagrados diretamente na cena do crime.

A particularidade dos crimes internacionais é a de que as infrações são cometidas de forma coletiva em muitos casos, e a previsão expressa da autoria mediata no Estatuto de Roma, seja o instrumento utilizado imputável ou não representou expressivo avanço em relação a experiências anteriores.

A adoção da teoria do domínio funcional do fato pelo referido Estatuto é a mais condizente com a realidade enfrentada pelo TPI, na medida em que traz resposta satisfatória em relação a responsabilidade individual daqueles que estão envolvidos em um plano comum, com nítida divisão de tarefas.

A denominada autoria de escritório repercute na doutrina brasileira e já encontra respaldo no âmbito do direito interno. Por outro lado, o presente estudo foi importante na medida em que propôs uma reflexão jurídica em nível internacional.

Nessa perspectiva, qualifica-se como salutar a importância de se estabelecer uma via de mão dupla nas discussões em relação às questões jurídicas relevantes discutidas no TPI, incluindo os seus precedentes, e seus reflexos na doutrina pátria, tendo em vista otimizar o regime de cooperação estabelecido pelo Direito Internacional.

5 Referências

AMBOS, Kay. **A Parte Geral do Direito Internacional Penal: bases para uma elaboração dogmática**/ Kay Ambos; tradução Carlos Eduardo Adriano Japiassu, Daniel Andrés Raisman; revisão Pablo Alflen, Fábio D`Avila; atualização Kai Ambos, Miguel Lamadrid- Ed. Brasileira reform. E atual. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CASSESE, Antônio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: **O Direito Penal no Estatuto de Roma. Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. AMBOS, Kai, CARVALHO, Salo. (orgs). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 5.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Convenções de Genebra de 1949**. Genebra, 1992 a.

ESTATUTO de Roma: **criação do Tribunal Penal Internacional**. 1998. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sal/tpi/decreto_capII.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

ESER, Albin. Responsabilidade Penal Individual. In: **O Direito Penal no Estatuto de Roma. Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. AMBOS, Kai, CARVALHO, Salo. (orgs). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 128.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renata Mantovani de. **Tribunais híbridos e justiça internacional penal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

KIRSCH, Philippe. A construção do acordo na Conferência de Roma. In: **O Direito Penal no Estatuto de Roma. Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. AMBOS, Kai, CARVALHO, Salo. (orgs). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 5.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev., atual. e ampl. -São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Rio de Janeiro, 2001a.

REIS, Marcos Aurélio. **A proteção da pessoa humana nos conflitos armados: a obrigação de cumprir e fazer cumprir as normas humanitárias**. Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília n.3, v.1 maio/ago. de 2010.

REIS, Marco Aurélio. **A proteção da pessoa humana nos conflitos armados: a obrigação de cumprir e fazer cumprir as normas humanitárias**. Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília n.3, v.1 maio/ago. de 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral.** 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.