

Comentário sobre a mais importante decisão do Tribunal Penal Internacional até o momento: A confirmação da acusação no processo contra Thomas Lubanga Dyilo

113

KAI AMBOS

I. INTRODUÇÃO

Thomas Lubanga Dyilo está sendo acusado pela promotoria da Corte Penal Internacional (TPI), de ter cometido *Crimes de Guerra* na variante do *Compromisso Forçado* (Item de Acusação 1) e do *Alistamento Militar* (Item de Acusação 2) de crianças menores de quinze anos em grupos armados, bem como de seu engajamento ativo (Item de Acusação 3) em hostilidades consoante o Artigo 8 Parágrafo 2 (e) (vii) do Estatuto da TPI^{1,2}. Em conformidade com o libelo, isto ocorreu por ocasião de um conflito não-internacional³, a saber, na região de Ituri da Republica Democrática do Congo (RDC), fronteira com a Uganda ao leste e com o Sudão ao norte.⁴ Os crimes apontados teriam

1. Os artigos subsequentes, sem indicação são inerentes aos estatutos do TPI (Tribunal Penal Internacional).
2. Submissão do Documento Contendo as Acusações em conformidade com o Artigo 61 (3) (a) e da Lista de Evidências em conformidade com o Regulamento 121 (3), Anexos 2, 28.8.2006, TPI-01/04-01/06-356, S.24.
3. Ibidem, parágrafo 27.
4. Com relação à situação na Região Ituri compare-se Promotor vs. Lubanga, Decisão quanto à confirmação das acusações, 29.1.2007, TPI-01/04-01/06-803, parágrafo 1 páginas subsequentes; compare-se também o Relatório detalhado da *Human Rights Watch*, Des Forges (Hrsg.), Ituri: "Covered in Blood" ("*Coberto de Sangue*"), julho de (*continua*)

sido cometidos de um lado pelas FPLC (*Forces Patriotiques pour la Libération du Congo*), braço armado da UPC (*Union des Patriots Congolais*)⁵, fundado em setembro de 2002 e previamente, do outro, pela própria UPC⁶. Na ocasião, como co-fundador da UPC, Presidente da UPC/RP e comandante em chefe das FPLC, Thomas Lubanga Dyilo teria exercido uma função-chave. Consequentemente, consoante o Artigo 25 Parágrafo 3 (a), ele foi acusado pelo promotor geral dos crimes supramencionados juntamente com outros comandantes das FLPC e Membros, respectivamente Partidários da UPC.⁷

O *Histórico Processual* apresenta a seguinte sequência: no dia 5 de julho de 2004, a situação da RDC foi submetida à Antecâmara processual. No dia 10 de fevereiro de 2006, foi expedida uma ordem de prisão contra Thomas Lubanga Dyilo, com que no dia 16/17 de março de 2006 ele foi transferido para a TPI. No dia 20 de março de 2006, Lubanga Dyilo foi convocado pela primeira vez à Corte para tomar conhecimento dos objetos principais de acusação e para ser esclarecido sobre os seus direitos; respectivamente nos dias 15 e 19 de maio de 2006 a juíza unipessoal Sylvia Steiner promulgou duas decisões fundamentais com relação ao sistema de *divulgação dos meios probatórios* (“*disclosure*”) e ao estabelecimento de um cronograma.⁸ No dias 28 de julho e 20 de outubro de 2006, vítimas foram admitidas para tomar parte no caso *Lubanga*, onde de acordo com a Norma 85 da TPI, uma relação direta causal (“*causal link*”) entre as lesões sofridas e os objetos de acusação é necessária.⁹

(continuação) 2003, Relatório da HRW Vol. 15, Nº 11 (A), <<http://hrw.org/reports/2003/ituri0703/DRC0703.pdf>> (acessado pela última vez em junho de 2007).

5. E. setembro de 2003, a UPC teve seu nome mudado para UPC/RP (*Union des Patriotes Congolais/Réconciliation et Paix*).
6. Promotor versus Lubanga, nota 4 acima, parágrafo 9 páginas subsequentes.
7. Documento Contendo as Acusações, o. Fn. 2, parágrafos 20 e 23.
8. Decisão com relação ao Sistema Final de Divulgação e o Estabelecimento de um Cronograma, 15.5.2006, TPI-01/04-01/06-102; Decisão Estabelecendo os Princípios Gerais Regendo as Solicitações para Restringir a Divulgação consoante a Norma 81 (2) e (4) do Estatuto, 19.5.2006, TPI-01/04-01/06-108.
9. Decisão com relação às Solicitações para a Participação nos Procedimentos de a/0001/06, a/0002/06 e a/0003/06 no caso do Promotor vs. Thomas Lubanga Dyilo e com relação à investigação na República Democrática do Congo, 28.7.2006, TPI-01/04-01/06-228; Decisão com relação às solicitações para participação nos procedimentos a/0004/06 a a/0009/06, a/0016/06, a/0063/06, a/0071/06 a a/0080/06 e a/0105/06 no caso do Promotor vs. Thomas Lubanga Dyilo, 20.10.2006, TPI-01/04-01/06-601; compare também a Decisão fundamental relativa à Participação das Vítimas no Processo Preliminar: Decisão com relação às Solicitações para Participação nos Procedimentos de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 e VPRS 6, 17.1.2006, TPI-01/04-101-Corrigidos.

Pouco antes do começo da audiência para a confirmação da acusação em plenário aberto, consoante o artigo 61 (“*Confirmation Hearing*”) a Corte ainda tomou posição em relação ao assim-chamado “*Witness Proofing*” (Preparação das testemunhas com relação aos seus interrogatórios durante os debates judiciais em plenário) e negou à promotoria uma preparação com abrangência,¹⁰ similar à adotada pelo Tribunal das Nações Unidas para a antiga Iugoslávia e para Ruanda.¹¹ Entre os dias 9 e 28 de novembro de 2006, teve lugar a audiência para a confirmação da acusação em plenário aberto (*Confirmation Hearing*) baseada na decisão mencionada acima (maiores detalhes logo abaixo). Com a confirmação da acusação, o processo preliminar chegou ao seu fim e o caso *Lubanga* passou para a alçada da Câmara de Julgamento I em plenário aberto (“*Trial Chamber*”) I sob a presidência do juiz britânico Adrian Fulford. Em 30 de novembro de 2007, a Câmara confirmou a proibição da preparação das testemunhas (*Witness Proofing*)¹². Para a preparação da apresentação de provas nos debates judiciais em plenário, a Câmara tomou providências para a constituição de *peritos* e conclamou as partes, na medida de possível, a decidirem sobre um perito único instruindo-o de comum acordo.¹³ Além disso, elaborou os princípios básicos para o

10. Decisão com relação às Práticas de Familiarização da Testemunha e de Preparação da Testemunha, 8.11.2006, TPI-01/04-01/06-679. Com relação à Diferença entre “Preparação” e “Familiarização” e com relação à Problemática em geral compare: K. Ambos, «*Witness Proofing*» perante a TPI: Nem Legalmente Admissível nem Necessário, em C. Stahn e G. Sluiter (eds), *A TPI aos Cinco Anos: A Prática Emergente da Corte* (2008, a ser publicado em futuro próximo).
11. *Promotor vs. Limaj et al.*, Decisão com relação à moção de defesa sobre a prática da Promotoria de ‘preparar testemunhas’, 10.12.2004, p. 2; de maneira similar *Promotor vs. Milutinovic et al.*, Decisão sobre a moção Ojdanic de proibir a preparação de testemunhas, 12 de dezembro de 2006 (IT-05-87-T), parágrafo 15; *Promotor vs. Karemera et al.*, Decisão sobre Recurso Interlocutório Relativo à Preparação de Testemunhas, 11 de maio de 2007 (ICTR-98-44-AR73.8), parágrafo 9 e sequência. A favor deste enfoque R. Karemaker/D. Taylor III/T. W. Pittman, ‘A preparação de testemunhas em tribunais criminais internacionais: uma análise crítica relativa à crescente divergência processual’, *Periódico Leiden de Direito Internacional* 21 (2008), 683; contra minha réplica no *Periódico Leiden de Direito Internacional* 21 (2008) a ser publicado proximamente.
12. Decisão Relativa às Práticas utilizadas para Preparar e Familiarizar Testemunhas a Prestar Depoimento em Juízo, 30.11.2007, TPI-01/04-01/06-1049. Vide a admissibilidade ainda em vigor relativa à “Familiarização de Testemunhas”, especificamente a Decisão sobre a uniformidade para Vítimas e Testemunhas concernente ao Protocolo sobre as práticas a serem utilizadas para preparar as testemunhas para o julgamento, 23.5.2008, TPI-01/04-01/06-1351.
13. Decisão com relação aos procedimentos a serem adotados para instruir peritos judiciais, 10.12.2007, TPI-01/04-01/06-1069.

interrogatório de testemunhas que, entre outros assuntos, objetivavam limitar ao mínimo possível os agravos inerentes ao processo, em especial para as testemunhas-vítimas.¹⁴ Em 18 de janeiro de 2008 a Câmara de Julgamento tomou uma posição básica com relação à *admissão de vítimas* no processo em plenário aberto, bem como sobre a abrangência de suas participações.¹⁵ Na ocasião, entre outros assuntos, ela era da opinião que também vítimas, não diretamente feridas pelos atos denunciados, poderiam tomar parte no processo, contanto que ao menos seus interesses pessoais tivessem sido, de fato, afetados. Esta opinião, no entanto, não resistiu ao exame pelo Tribunal de Recursos, uma vez que consoante o artigo 68 (3) este somente considera como fato consumado o quesito de trauma pessoal, quando as vítimas forem prejudicadas pelos atos denunciados de forma causal.¹⁶ Em julho de 2008, a Câmara descobriu que o Promotor tinha feito amplo uso ilícito do direito da *Observância de Sigilo com relação a determinados Documentos e Informações* estipulados como possibilidade no artigo 54 (3) (e). A Câmara receou que, em consequência, o acusado não poderia mais contar com a garantia de um processo justo e determinou a *Suspensão*¹⁷ do processo, bem como a *Soltura* do acusado¹⁸. O promotor impetrou recursos contra as duas decisões.¹⁹ O Tribunal de Recursos determinou efeito suspensivo às decisões, de forma que *Lubanga* permanecerá em prisão preventiva até o esclarecimento definitivo

14. Decisão com relação a vários assuntos relacionados com os depoimentos de testemunhas durante o julgamento, 29.1.2008, TPI-01/04-01/06-1140.
15. Decisão relativa à participação das vítimas, 18.1.2008, TPI-01/04-01/06-1119.
16. Julgamento dos recursos do Promotor e da Defesa contra a Decisão da Câmara de Julgamento I sobre a Participação das Vítimas de 18 de janeiro de 2008, 11.7.2008, TPI-01/04-01/06-1432.
17. Decisão relativa às consequências da não-divulgação de materiais justificáveis cobertos pelos acordos do Artigo 54(3)(e) e a Solicitação de suspender a demanda contra o acusado, juntamente com certas outras questões levantadas na Conferência de Status em 10 de junho de 2008, 13.6.2008, TPI-01/04-01/06-1417.
18. Decisão com relação à Soltura de Thomas Lubanga Dyilo, 2.7.2008, TPI-01/04-01/06-1418.
19. Solicitação da Promotoria para Impetrar Recurso contra a “Decisão sobre as consequências da não divulgação de materiais justificáveis cobertos pelos acordos do Artigo 54(3)(e) e a Solicitação de suspender a Demanda contra o acusado, juntamente com certas outras questões levantadas na Conferência de Status em 10 de junho de 2008, 13.6.2008, TPI-01/04-01/06-1407; Recurso da Promotoria contra a “Decisão sobre a Soltura de Thomas Lubanga Dyilo” e Petição Urgente para Efeito Suspensivo, 2.7.2008, TPI-01/04-01/06-1419.

da situação jurídica.²⁰ Em 3 de setembro de 2008, a Câmara de Julgamento I indeferiu uma petição do ministério público para a anulação da suspensão do processo²¹. Assim, deve-se aguardar a decisão do Tribunal de Recursos sem se ter uma idéia exata sobre quando os debates judiciais em plenário do Processo *Lubanga* poderão ser reabertos.

A *Decisão pela Confirmação da Acusação* (“*confirmation decision*” consoante o Artigo 61) detalhada nesta contribuição representa não apenas o escopo do Processo *Lubanga*, mas também, de maneira geral, a mais importante decisão do TPI até o momento. Por ocasião do processo de confirmação consoante o Artigo 61 Parágrafo 7²² precisa “existir evidência suficiente para confirmar a suspeita premente que o acusado cometeu cada um dos delitos que lhe são atribuídos”. O critério para a confirmação baseia-se no pré-requisito “*substantial grounds to believe*” (“*premissas substanciais para acreditar*”). Assim, por um lado, ele é mais alto que o critério da “suspeita fundamentada” (“*reasonable grounds*”), necessária para a decretação de uma ordem de prisão consoante o Artigo 58 Parágrafo 1 (a); pelo outro, no entanto, ele é mais baixo que o critério para a condenação, pois neste caso o tribunal deve estar “de tal maneira convicto” da culpa do acusado, que nenhuma dúvida razoável pode restar [“*beyond reasonable doubt*” (*acima de qualquer dúvida*)], Artigo

20. Decisão sobre a solicitação do Promotor para efeito suspensivo de seu recurso contra a “Decisão sobre a Soltura de Thomas Lubanga Dyilo”, 7.7.2008, TPI-01/04-01/06-1423; Motivos para a decisão relativa à solicitação do Promotor para efeito suspensivo de seu recurso contra a “Decisão sobre a Soltura de Thomas Lubanga Dyilo”, 22.7.2008, TPI-01/04-01/06-1444.
21. Decisão sobre a Petição do Promotor para Anular a Suspensão dos Procedimentos.
22. O Artigo 61 Parágrafo 7 estipula: A Antecâmara processual determina por meio de negociação verbal, se existem suficientes evidências para uma suspeita premente que o acusado cometeu cada um dos delitos. Com base em suas constatações:
 - a) a Antecâmara processual confirma aqueles objetos principais de acusação com relação aos quais ela decidiu que existem evidências suficientes e transfere o acusado para uma Câmara que irá promover o processo em plenário aberto relativo aos objetos principais de acusação constatados;
 - b) a Antecâmara processual rejeita aqueles objetos principais de acusação com relação aos quais ela decidiu que não existem evidências suficientes;
 - c) a Antecâmara processual adia a negociação verbal e solicita ao promotor considerar:
 - i) juntar meios probatórios complementares ou realizar investigações adicionais para um determinado objeto principal de acusação, ou
 - ii) modificar um objeto principal de acusação, uma vez que os meios probatórios apresentados não confirmam a interpretação do delito.

66 Parágrafo 3].²³ Deste ponto de vista, a Câmara exige provas concretas e tangíveis (“*concrete and tangible*”), que substanciem as acusações específicas.²⁴

2. A DECISÃO DE CONFIRMAÇÃO

2.1. Assuntos Probatórios e Processuais

Embora a parte central da decisão se ocupe da lei substantiva (infra. II.), a Câmara também faz referência a alguns assuntos probatórios e processuais interessantes.

2.1.1. Admissibilidade da Evidência (parágrafos 40–130)

O assunto processual mais interessante da decisão é a questão *de como tratar a evidência obtida mediante violação da legislação nacional* e declarada inadmissível em autos de procedimentos nacionais (parágrafos 62–90). A Câmara enfatiza que ela não está sujeita às decisões nacionais com relação a assuntos probatórios (parágrafo 69). Isto é correto, uma vez que não é a origem da decisão – um órgão nacional ou internacional – mas a *substância da violação* que decide sobre a admissibilidade da evidência, isto é, se a violação torna a evidência inafiançável ou seu uso antiético dando, assim, margem a sério comprometimento da integridade dos autos do procedimento [Artigo 69, parágrafo 7, do Estatuto para a Corte Penal Internacional (doravante: “Estatuto TPI”)].²⁵ Consequentemente, a violação, pelas autoridades congolenses, do princípio da proporcionalidade como um direito humano internacionalmente reconhecido (parágrafo 81) não leva, automaticamente, à exclusão da evidência comprometida (parágrafo 84). A Câmara tem considerável autonomia e pode tentar chegar “a um compromisso apropriado entre os direitos do acusado e a necessidade de atender às expectativas das vítimas e da comunidade internacional (parágrafo 86)”. No entanto, ela deveria aplicar os critérios enunciados no Artigo 69, parágrafo 7 do Estatuto TPI mais concre-

23. Ambos/Miller, Estrutura e Função do Procedimento de Confirmação perante a TPI do Ponto de Vista Comparativo, ICLR 7 (2007), 345 f.

24. Lubanga, nota supra 4, parágrafo 39. A Câmara se refere, em especial, às sentenças da EGMR (*Corte Europeia de Direitos Humanos*), compare entre outros. *Soering vs. o Reino Unido*, Sentença, 7.7.1989, Petição N0. 14038/88 [ECHR].

25. Vide também M. Miraglia, Admissibilidade de Evidência, Padrão de Prova e Natureza da Decisão da TPI na Confirmação das Acusações em Lubanga, 6 Periódico de Justiça Criminal Internacional 2008, p. 493.

tamente do que o fez no caso em referência (parágrafo 90). Embora se possa concordar com o resultado da Câmara – a admissibilidade da evidência relevante –, o mesmo carece de um raciocínio mais profundo e de argumentos mais concretos.

Além disso, a Câmara edifica um novo patamar de inadmissibilidade no caso da não-observância, por uma parte, da sua obrigação “de informar cada testemunha em perspectiva” acerca de sua intenção “de confiar em seu depoimento [...] para a finalidade da audiência de confirmação”²⁶ (par. 59). Assim, o depoimento de uma testemunha somente deve ser utilizado se a mesma foi, previamente, informada sobre esta possível utilização. Isto merece boa acolhida em vista dos enormes riscos para as testemunhas da Câmara e poderá derivar diretamente do dever da Corte de proporcionar proteção às vítimas e testemunhas (Artigo 68 do Estatuto TPI). Somente se as testemunhas estiverem cientes do uso de seus depoimentos, elas estarão em condições de tomar medidas de precaução ou de solicitar que a Unidade de Testemunhas e Vítimas da Corte as tome. Evidentemente, esta Unidade ficará rapidamente sobrecarregada se vítimas em excesso solicitarem proteção. Assim, não é de se surpreender que a PTC I (Câmara de Pré-Julgamento I) tenha decidido, alhures, que a Promotoria pode apresentar apenas um número limitado de depoimentos de testemunhas.²⁷

Baseada em referências de jurisprudência do Tribunal de Recursos (parágrafo 101) e da ECHR (*Corte Europeia de Direitos Humanos*) (parágrafo 102), a Câmara defende a posição de que a *evidência não oficial de fontes anônimas* não é inadmissível *per se* (parágrafo 101). Ao avaliar o valor probatório da evidência relevante, no entanto, a Câmara leva em consideração as objeções relativas ao uso de evidência não oficial, e estabelece “como norma geral” que tal evidência somente será utilizada “para corroborar outra evidência” (parágrafo 106). Com relação à avaliação de evidência, a Câmara geralmente aponta para o fato de que o valor probatório de cada segmento de evidência precisa ser “determinado como parte da apuração da totalidade da evidência admitida para a finalidade da audiência de confirmação”.

26. Para uma discussão geral sobre a estrutura e função do procedimento de confirmação vide K. Ambos/D. Miller, *Estrutura e função o procedimento de confirmação perante a TPI a partir de uma perspectiva comparativa*, 7 *International Criminal Law Review*, 2007, pg. 335 e sequência.
27. TPI, Decisão sobre o Escopo Probatório da Audiência de Confirmação, Relocação Preventiva e Divulgação consoante o Artigo 67(2) do Estatuto e Norma 77 das Normas, *Promotor vs. Katanga e Ngudjolo*, Doc. N0. TPI-01/04-01/07-428, PTC I, 25 de abril de 2008, parágrafo 78.

2.1.2. Retirada de Evidência (parágrafos 137–145)

Antes da audiência de confirmação as partes devem providenciar uma relação das evidências que pretendem submeter à Câmara (e se aplicável, ao suspeito) (Norma 121, sub-normas 3 e 6, das Normas de Procedimento e Evidência).²⁸ A Câmara Lubanga nega às partes o direito da retirada de evidência uma vez incluída em suas relações, visto que o Estatuto não prevê tal retirada e, de uma perspectiva mais substantiva, ela considera que as testemunhas não são “*propriedades*” das partes, mas sim “*testemunhas da Corte*” (parágrafo 143). Conforme arguido alhures em mais detalhes,²⁹ o Estatuto TPI não adapta simplesmente uma determinada tradição legal, mas estabelece uma lei processual *sui generis*. A interpretação e a aplicação das cláusulas relevantes, no entanto, dependerão, em grande parte, das preferências, respectivamente das formações legais dos juízes. Esta decisão constitui um bom exemplo de tal preferência, visto que ela mostra uma clara tendência rumo a um sistema inquisitorial onde o juiz exerce uma função dominante na produção e apresentação da evidência. Em um sistema contraditório a dominação da partes se estende, em especial, à evidência e, portanto, incluiria o seu direito de retirar “suas” evidências.

2.2. Lei Substantiva

2.2.1. Acusação de Crimes

Lubanga foi acusado de crimes de guerra cometidos em Ituri, um distrito na Província Oriental do Congo.

2.2.1.1 Caracterização do conflito armado (parágrafos 167–237)

O Artigo 8 do Estatuto TPI baseia-se no enfoque tradicional *two box* e faz distinção entre crimes de guerra cometidos em conflitos armados internacionais e não-internacionais. Esta distinção é relevante se, como neste caso, os crimes atribuídos diferem na descrição da conduta criminal: enquanto o Artigo 8, parágrafo 2, subparágrafo b (xxvi) do Estatuto TPI criminaliza o recrutamento e o alistamento de crianças mediante a frase “*em grupos armados nacionais*”, o parágrafo 2 subparágrafo e (vii), do Estatuto TPI o faz mediante a frase “*em forças ou grupos armados*”.

28. Cf. K. Ambos/D. Miller, referência *supra*, p. 344.

29. K. Ambos, Procedimento Penal Internacional: “contencioso”, “inquisitorial” ou misto? 3 *International Criminal Law Review*, 2003, p. 1.

Presumindo que o conflito em Ituri foi de natureza não-internacional, a Promotoria acusou *Lubanga* sob o Artigo 8, parágrafo 2 subparágrafo e (vii) do Estatuto TPI do crime de guerra envolvendo o recrutamento e alistamento de crianças em um grupo armado, utilizando-as para tomar parte ativa em hostilidades.³⁰ A Câmara não se vale deste enfoque. Ao determinar a natureza do conflito ela aplica “o teste de controle geral”³¹ do ICTY (*Tribunal Criminal Internacional para a antiga Iugoslávia*) (parágrafos 210-11), nem sequer mencionando a alternativa “teste de controle efetivo”³² do ICJ (*Corte Internacional de Justiça*). Enquanto que, de acordo com este teste, o outro estado precisa exercer controle efetivo sobre um grupo militar ou paramilitar e este controle precisa ser exercido com relação a operações contrárias à lei humanitária,³³ o teste de “controle geral” é mais amplo, uma vez que ele não requer que o outro estado emita instruções ou ordens oficiais para o cometimento de atos específicos.³⁴ Mesmo que possa haver boas razões para rejeitar o teste de controle efetivo em legislação *penal* internacional³⁵ não foi necessário à Câmara ocupar-se com este assunto em mais detalhes. Para se referir ao Julgamento da ICJ no

30. TPI, Documento Contendo as Acusações, Artigo 61(3)(a), *Promotor vs. Lubanga*, Doc. N0 TPI-01/04-01/06-356-Anexo2, 28 agosto de 2006. Vide os direitos das e a proteção às crianças na legislação criminal internacional, K. Arts/V. Popovski, *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, (*Responsabilidade Criminal Internacional e os Direitos das Crianças*) Hague Academic Press, Haia 2006 e o resumo geral sobre o relevante caso de direito internacional por M. A. Drumbl, *Promotor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Décision sur la Confirmation des Charges (Decisão sobre a Confirmação das Acusações)*. Caso N0 TPI-01/04-01/06, 101 *American Journal of International Law*, 2007, p. 845 e sequência.
31. Vide ICTY, Julgamento, *Promotor vs. Tadić*, Caso N0 IT-91-1-A, AC, 15 de julho de 1999, parágrafo 137; ICTY, Julgamento, *Promotor vs. Aleksovski*, Caso N0 IT-95-14/1-A, AC, 24 de março de 2000, parágrafo 134; ICTY, Julgamento, *Promotor vs. Delalic et. al.*, Caso N0 IT-26-21-A, AC, 20 de fevereiro de 2001, parágrafo 26.
32. Crítica sobre o enfoque ainda mais restritivo da CIJ no caso Bósnia vs. Sérvia (julgamento de 26 de março de 2007) J. Griebel/M. Plucken, *New developments regarding the rules of attribution (Novos desdobramentos relativos às normas de atribuição)*? 21 *Periódico Leiden de Direito Internacional* 2008, 601 e sequência.
33. CIJ, *Atividades Militares e Paramilitares na e Contra a Nicarágua*, Julgamento, Relatórios da CIJ 1986, parágrafo 115. Recentemente confirmadas na CJI, Julgamento, Caso relativo às Atividades Armadas no território do Congo, *RDC vs. Uganda*, 19 de dezembro de 2005, parágrafo 150.
34. *Promotor vs. Tadić*, referência *supra*, parágrafo 131; R. Cryer/H. Friman/D. Robinson/E. Wilmshurst, *Direito e Procedimento Penal Internacional*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, pg. 235 e sequência.
35. Vide *Promotor vs. Tadić*, referência *supra*, parágrafo 103 e sequência; *Promotor vs. Delalic et. al.*, referência *supra*, parágrafo 262 e sequência.

caso *RDC vs. Uganda*³⁶, a Câmara arguiu, convincentemente, que *de julho de 2002 a 2 de junho de 2003*, Uganda estabeleceu e exerceu sua autoridade em Ituri como uma força de ocupação (parágrafo 220). Com isso, um conflito armado internacional teve lugar com toda a certeza (parágrafo 209)³⁷ e se torna desnecessário discutir uma possível internacionalização do conflito recorrendo aos dois testes supramencionados. Em vista do cenário factual apresentado pela Câmara, a sua conclusão parece convincente. No entanto, pode-se argumentar que a Câmara apegar-se em demasia às decisões da ICJ, embora as mesmas não sejam obrigatórias.³⁸ Da mesma forma, a análise da Câmara sobre a internacionalização do conflito e sua preferência pelo teste de controle geral poderá representar um ônus adicional para a Câmara de Julgamento caso a mesma adote um critério legal diferente neste ou em outro caso.

No dia *2 de junho de 2003*, o exército ugandense retirou-se de Ituri pondo fim à ocupação. Desta forma, o conflito passou a ser não-internacional (até o fim de *dezembro de 2003*). Em conformidade com a Artigo 8, parágrafo 2 subparágrafo e, do Estatuto TPI, um conflito não-internacional precisa ser distinguido de distúrbios e tensões internos. A Câmara presume que, contrariamente ao Artigo 1 do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949 (*Add. Prot. II GC*), um conflito armado não-internacional poderá existir mesmo se os grupos envolvidos não forem capazes de exercer o controle territorial (parágrafo 233). Isto leva em consideração o surgimento de conflitos modernos onde armamento de longo alcance e equipamentos da alta mobilidade podem ser mais importantes que o controle territorial estável.³⁹ Segundo o ponto de vista da Câmara, é suficiente que a violência atinja um nível determinado de intensidade e que os grupos envolvidos ajam com certo grau de organização e tenham a capacidade de planejar e de executar operações militares sustentáveis. Sem explicitar claramente se o Artigo 8,

36. *RDC vs. Uganda*, referência *supra* 33, parágrafo 178.

37. Vide Artigo comum 2 da Convenção de Genebra e M. Cottier, em O. Triffterer (editor), Comentário sobre o Estatuto de Roma, 2aed. Beck, Baden-Baden 2008, Artigo 8 (5).

38. G. de Beco, Crimes de Guerra em Conflitos Armados Internacionais vs. Não-Internacionais: “New Wine in Old Wineskins (*Novo Vinho em Velhos Odres*)?”, 8 International Criminal Law Review (*Revisão da Lei Penal Internacional*) 2008, página 326; O. Bekou, Promotor vs. Thomas Lubanga Dyilo – Decisão sobre a Confirmação das Acusações, 8 Human Rights Law Review (*Revisão da Lei de Direitos Humanos*), 2008, página 348.

39. M Cottier, referência *supra* 37, Artigo 8 (5). Criticamente H. Olásolo, Unlawful Attacks in Combat Situations (*Ataques Ilícitos em Situações de Combate*), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, página 48.

parágrafo 2 subparágrafos d e f do Estatuto TPI fazem menção a dois tipos diferentes de conflitos internacionais (o conflito normal *versus* o prolongado)⁴⁰, a Câmara aponta para o fato que o subparágrafo f, em particular, enfatiza a natureza prolongada do conflito (parágrafo 234). Consequentemente, os crimes cobertos pelo subparágrafo e são pertinentes apenas em conflitos prolongados.⁴¹ Assim, a Câmara argui que este patamar foi alcançado (parágrafo 235) e, consequentemente, aplica o parágrafo 2, subparágrafos c e e do Estatuto TPI.

2.2.1.2 Delitos concernentes a crianças-soldado (parágrafos 238–293)

Antes de abordar as diferenças entre os dois delitos (*supra* a), a Câmara elucida os termos “*enlisting*” (*alistamento*) e “*conscripting*” (*recrutamento forçado*) (parágrafos 242–258). Ela dá início à sua análise legal com o Artigo 77, parágrafo 2, do Protocolo Adicional I das Convenções de Genebra (*Add. Prot. I GC*) e o Artigo 43, parágrafo 3, (*Add. Prot. II GC*). A Câmara conclui que estas disposições visam impedir o recrutamento forçado, bem como o alistamento voluntário de crianças. A distinção entre “forçado” e “voluntário” é refletida pelos termos “*conscripting*” (*recrutar*) e “*enlisting*” (*alistar*) (parágrafo 246), onde, no caso do primeiro, o consentimento de uma criança não pode constituir uma defesa válida (parágrafo 247). Mesmo que esta interpretação pareça convincente, uma análise mais detalhada, baseada em direito comparado, teria sido apreciada. De acordo com o Artigo 21, parágrafo 1 subparágrafo c do Estatuto TPI, a Câmara aplica, de maneira subsidiária, os princípios gerais de jurisprudência derivados das leis nacionais dos sistemas legais mundiais. Os princípios gerais não são apenas importantes para preencher lacunas legais, mas também para a interpretação de normas legais imprecisas e para o aprimoramento do raciocínio legal.⁴² Assim, a Câmara deveria ter levado em consideração, no mínimo dos mínimos, os mais importantes siste-

40. Com relação ao assunto, vide a análise detalhada da autoria de A. Cullen, *The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Penal Court: An Analysis of the Threshold of Application* (*A Definição do Conflito Armado Não-Internacional no Estatuto Roma da Corte Penal Internacional: Uma Análise do Patamar de Aplicação*) contida no Artigo 8 (2) (f), 18 *Journal of Conflict & Security* (*Periódico relativo a Conflito & Segurança*), fevereiro de 2008, pg. 419.

41. Vide também H. Olásolo, referência *supra* 39, pg. 32.

42. F. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Penal Courts and Tribunals* (*Princípios Gerais de Direito nas Decisões de Cortes e Tribunais Penais Internacionais*), Proefschrift Universiteit van Amsterdam, Amsterdã 2007, pg. 196.

mas de direito consuetudinário a fim de consubstanciar sua interpretação. De qualquer forma, apenas uma rápida consulta ao *Black's Law Dictionary*⁴³ indica que as avaliações da Câmara estão corretas, visto que ela define “*enlistment*” (*alistamento*) como “*voluntary entry into a branch of the armed services*” (*ingresso voluntário em uma das áreas das forças armadas*), enquanto que “*conscription*” (*conscrição*) é interpretada como “*compulsory enlistment of persons into military service*” (*alistamento compulsório de pessoas para o serviço militar*). No entanto, com o objetivo de aumentar a legitimidade e autoridade de suas decisões, a Câmara deveria ter dado mais importância a uma interpretação mais ponderada do Estatuto.

De maneira correta, a Câmara classifica o alistamento e a conscrição de crianças como um crime permanente que “*continua a ser cometido enquanto as Crianças permanecerem nos grupos ou nas forças armadas*” (parágrafo 248). Esta consideração poderia exercer um importante impacto sobre a jurisdição temporal da Câmara, uma vez que a mesma pode até ter sido competente pelos recrutamentos ocorridos antes da entrada em vigor do Estatuto TPI, contanto que o cometimento do crime tenha continuado após o dia 1º de julho de 2002.⁴⁴ No entanto, este é um assunto delicado que também se aplica aos desaparecimentos forçados como um crime contra a humanidade (Artigo 7, parágrafo 1, subparágrafo i, Estatuto TPI) proporcionando ao Estatuto um efeito retroativo por meio da técnica de uma ofensa contínua e permanente, que certamente iria contra a vontade dos redatores⁴⁵ ou

43. Edição B. A. Garner do *Black's Law Dictionary*, Thomson West, St. Paul 8ª edição 2004.

44. Com relação a este exemplo vide J. C. Ochoa, A Decisão de Confirmação das Acusações da Câmara Pré-Julgamento I no Caso *Promotor vs. Thomas Lubanga Dyilo*: Entre a Aplicação e o Desenvolvimento da Legislação Penal Internacional, 16 *Periódico Europeu de Crime, Direito Penal e Justiça Penal* 2008, pg. 45.

45. O assunto ainda era controverso em Roma (de acordo com a Minuta do Relatório do Comitê de Redação ao Comitê como Um Todo, Parte 3, Princípios Gerais de Legislação Penal, 14 de julho de 1998, A/Conf.183/C.1/L.65/Rev. 1, nota de rodapé 4 sobre Artigo 33 (não-retroatividade) com a redação: (“A questão foi levantada com relação à conduta que teve seu início antes da entrada em vigor e continua após a entrada em vigor.”). No entanto, mais tarde, a posição restritiva dos redatores foi expressa pela nota de rodapé 24 dos Elementos de Crimes, estipulando que o crime contra a humanidade do desaparecimento forçado de pessoas se enquadra na jurisdição do tribunal somente se o ataque ocorreu após a entrada em vigor do Estatuto (de acordo com G. Wischel/W. Ruckert, Artigo 7 (1) (i) – Crime Contra a Humanidade do Desaparecimento Forçado de Pessoas, em R. S. Lee (ed.), *O Tribunal Penal Internacional – Elementos de Crimes e Normas de Procedimento e Evidência*, Transnational Publishers, Ardsley 2001, p. 102; H. Olásolo, Uma nota sobre a evolução do princípio da legalidade em Direito Penal Internacional, 18 *Criminal Law Forum*, 2007, pg. 307 com nota de rodapé 22).

senão, contra a redação dos Artigos 11 e 22 do Estatuto TPI interpretados de maneira razoável.⁴⁶

Em seguida, a Câmara aborda o segundo delito contido no Artigo 8, parágrafo 2 subparágrafo *b* (xxvi), bem como no parágrafo 2 subparágrafo *e* (vii) do Estatuto TPI, i.e., o crime de guerra de *utilizar crianças para participar ativamente em hostilidades* (parágrafo 259–267). A Câmara aponta para o fato que a participação ativa não se refere apenas à participação ativa em hostilidades, mas também inclui a participação ativa em atividades relacionadas aos combates. Contudo, do ponto de vista da Câmara, a atividade em questão deve ser relacionada às hostilidades, uma vez que o Artigo 77, parágrafo 2, do Protocolo Adicional I da Convenção de Genebra proíbe apenas o envolvimento *direto* de crianças em conflitos armados. Por outro lado, porém, o Artigo 4, parágrafo 3 subparágrafo *c*, do Protocolo Adicional II da Convenção de Genebra exclui as crianças de qualquer participação – seja direta ou indireta. Isto leva ao surpreendente resultado, que a proteção às crianças é maior em conflitos não-internacionais do que em internacionais.⁴⁷ Seja como for, o Estatuto do TPI encontra-se aproximadamente no meio de seus predecessores humanitários. Teria sido mais oportuno se a Câmara tivesse apresentado alguns comentários sobre este ponto. As decisões da Câmara são claramente inspiradas pelos *travaux préparatoires* (*trabalhos preparatórios*). Na proposta elaborada durante a última sessão do Comitê Preparatório (*PrepCom*) para a Conferência de Roma em março/abril de 1998, uma nota explanatória de rodapé foi incluída a fim de proporcionar orientação sobre a interpretação de “utilizar” e “participação”.⁴⁸ A Câmara adota esta nota de rodapé quase literalmente.

46. Para o mesmo resultado Olásolo, referência *supra* 20, ao pé de 22.

47. M. Cottier, referência *supra* 37, Artigo 8 (229).

48. Minuta de Estatuto para a Corte Penal Internacional, Relatório do Comitê Preparatório sobre o Estabelecimento da Corte Penal Internacional, Doc. NU/CONF.183/2/Adendo.1, pg. 21. A nota de rodapé relevante tem a seguinte redação:

“As palavras ‘usar’ e ‘participar’ foram adotadas a fim de cobrir tanto a participação direta em combate como também a participação ativa em atividades militares relacionadas ao combate, tais como as funções de batedor, espionagem, sabotagem e a utilização de crianças como chamarizes, mensageiros ou em postos de controle militares. Não cobriria atividades claramente desvinculadas às hostilidades, tais como entregas de comida para uma base aérea ou utilização como equipe doméstica nas acomodações de um oficial casado. No entanto, a utilização de crianças em funções de suporte diretas, tais como carregar provisões para a frente de batalha, ou atividades na própria frente de batalha seriam incluídas na terminologia.”

Vide também a Proposta apresentada pela Colômbia ao Comitê Preparatório da Corte Penal Internacional, Grupo de Trabalho sobre os Elementos de Crimes, 4 de agosto de 1999, Doc.N0 PCNTPI/1999/WGEC/DP23, pg. 3.

A seguir, a Câmara trata dos elementos discretos das duas cláusulas, ou seja, a diferença entre “*national armed forces*” (*forças armadas nacionais*) (Artigo 8 parágrafo 2 subparágrafo b (xxvi), Estatuto do TPI) por um lado e “*armed forces or groups*” (*forças ou grupos armados*) (Artigo 8 parágrafo 2 subparágrafo s (vii), Estatuto do TPI) pelo outro (parágrafos 268–285). A Promotoria atribui a *Lubanga* a responsabilidade pelo recrutamento de crianças para as *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* [(*Forças Patrióticas para a Libertação do Congo*) (FPLC)]. A FPLC foi o braço armado da *Union des Patriots Congolais* [(*União dos Patriotas Congolese*) (UPC)], uma organização rebelde fundada *inter alia* (*entre outros assuntos*) por *Lubanga*. A FPLC qualifica-se, indubitavelmente, como uma força armada. No entanto, a questão é se “*national*” (*nacional*) limita o escopo do Artigo 8 parágrafo 2 subparágrafo b (xxvi), do Estatuto do TPI às forças armadas governamentais e é, portanto, inaplicável a recrutamentos para uma força irregular como a FPLC. Orientada pelo Artigo 31 da Convenção de Viena sobre a Lei de Acordos (parágrafo 276) a Câmara dá início à sua interpretação ao analisar o significado habitual do termo “nacional” (parágrafos 277–280). Referindo-se a diversos julgamentos da ICTY (*Tribunal Criminal Internacional para a antiga Iugoslávia*), a Câmara argumenta que forças armadas “nacionais” não significa, necessariamente, forças armadas “governamentais”. No entanto, nestes julgamentos a ICTY abordou a questão se “nacional” em termos do Artigo 4, parágrafo 1, da Quarta Convenção de Genebra poderia ser interpretado com “étnico” ou como “pertencendo ao partido oposicionista”, ou seja., eles foram interpretados segundo um contexto totalmente diferente. Assim, é altamente questionável se estas considerações podem ser aplicadas, sem mais nem menos, à interpretação de “forças armadas nacionais”.⁴⁹ Sem quaisquer referências aos *travaux* (*trabalhos*), a Câmara sustenta, além disso, que os “redatores” do Estatuto desejavam incluir sob o Artigo 8 do Estatuto um espectro mais amplo de condutas criminosas cometidas no contexto de um conflito armado internacional” (parágrafo 284). Esta afirmação, no entanto, conflita com o histórico da redação e não pode ser conciliada com o princípio *nullum crimen* (Artigo 22 do Estatuto TPI).

Conforme a Câmara observa corretamente, o Artigo 8, parágrafo 2, subparágrafo b (xxvi), do Estatuto TPI está baseado no Artigo 77 do Protocolo Adicional I da Convenção de Genebra, que obriga todas as nações-membro a tomar todas as medidas factíveis para impedir que crianças participem das

49. O. Bekou, referência *supra* 38, à pg. 353.

hostilidades diretamente. A Câmara argumenta que o Protocolo Adicional I da Convenção de Genebra não se limita às forças armadas governamentais (parágrafo 272).⁵⁰ Similarmente, a proposta original do ComPrep dispunha sobre o recrutamento de crianças para as “forças armadas”; somente mais tarde o termo “nacionais” foi acrescentado. Isto foi feito para atender às preocupações de várias nações árabes, especialmente a do Líbano, temeroso que a versão anterior cobrisse as forças do Hezbollah. Assim, a inclusão de “nacionais” teve a clara intenção de limitar a aplicação da cláusula apenas às forças armadas oficiais de uma nação.⁵¹ Precisamente por esta razão, ela foi criticada por vários grupos de defesa dos direitos humanos com o argumento de que os movimentos rebeldes seriam excluídos.⁵² Por esta razão, as decisões da Câmara não encontram respaldo nem na jurisprudência da ICTY, nem no histórico da redação. De fato, a interpretação da Câmara, conforme ela reconhece explicitamente, baseia-se em “considerações humanitárias e bom senso” (parágrafo 284). Um resultado diferente teria, em sua opinião, solapado o “objeto e a finalidade do Estatuto da Corte, que não é nenhum outro senão o de assegurar que os crimes mais graves, ora preocupando a comunidade internacional com um todo, continuem a permanecer impunes.” (parágrafo 281). Contudo, tais considerações – por mais convincentes que possam parecer do ponto de vista de uma diretriz geral – não podem isentar a Câmara da correta e precisa interpretação quanto às disposições relevantes. O Artigo 21, parágrafo 1, subparágrafo a do Estatuto do TPI obriga a Câmara explicitamente a aplicar o Estatuto em primeiro lugar e não a Convenção de Viena que, de fato, representa um mero instrumento de interpretação. O Artigo 22 do Estatuto do TPI estabelece o princípio fundamental *nullum crime sine lege* (não existe crime sem lei) em suas quatro formas: uma pessoa somente poderá ser punida por um ato que tenha sido codificado no Estatuto por ocasião do

-
50. Vide a questão se a FPLC poderia se classificar com um grupo armado consoante os termos do Protocolo Adicional I O. Bekou, referência *supra* 38, à pg. 352.
51. H. von Hebel/D. Robinson, Crimes dentro de Jurisdição do Tribunal, em: R. S. Lee (ed.), A Corte Penal Internacional – A Elaboração do Estatuto de Roma, *Kluwer Law International*, Haia 1998, p. 118; OTR TPI Volume 1, Edição 11, 2 de julho de 1998, p. 3; OTR TPI, Vol1, Edição 23, 27 de julho de (Artigo 1) 1998, p. 4. Vide também G. de Beco, referência *supra* 38, p. 328; O. Bekou, referência *supra* 38, à pg. 353 e sequência.
52. Vide OTR TPI Volume 1, Edição 11, 2 de julho de 1998, p. 3; Anistia Internacional, Relatório Preliminar para os Membros sobre o Resultado da Conferência Diplomática de Roma com o objetivo de Estabelecer uma Corte Penal Internacional Permanente e a Atividade de Follow-up Proposta para os Próximos Dois Anos, 24 de julho de 1998, p. 4.

seu cometimento (*lex scripta*), tenha sido cometido após sua entrada em vigor (*lex praevia*), tenha sido definido com suficiente clareza (*lex certa*) e não tenha sido estendido por analogia (*lex scripta*).⁵³ O regulamento contra a analogia aplica-se à interpretação. Proíbe a condenação por crimes previamente desconhecidos baseados na sua similaridade com aqueles conhecidos.⁵⁴ A decisão de classificar uma conduta como criminosa cabe às Assembleias dos Partidos das Nações (Artigo 112 do Estatuto do TPI) como o poder legislativo relevante segundo o Sistema do TPI, e não aos juízes.⁵⁵ Se o Estatuto utiliza um termo como “nacional” e este termo foi incluído para expressar a clara volição dos redatores, a Câmara deve se conformar com este termo e interpretá-lo. Ela não pode contornar uma escrita acurada recorrendo ao objeto e à finalidade do Estatuto. Em caso de ambiguidade, o termo deve ser interpretado em favor do suspeito ou acusado.⁵⁶ Poder-se-ia ainda argumentar que o Artigo 8 parágrafo 2 subparágrafo b (xxvi), do Estatuto do TPI poderia ser estendido aos grupos armados não-governamentais.⁵⁷ No entanto, um argumento desta espécie precisa se basear em uma interpretação consoante as normas gerais de interpretação e não somente em considerações humanitárias e no bom senso. Como resultado, a Câmara despoja o termo “*nacional*” de qualquer significado distinto e estende o escopo ao parágrafo 2 subparágrafo b (xxvi), do Estatuto do TPI a todas as forças armadas. Com isso, ela ignora a decisão legislativa das nações-membro e viola a norma contra a analogia conforme estipulada pelo Artigo 22, parágrafo 2, sentença 1 do Estatuto do TPI.⁵⁸

Finamente, em vista das decisões da Câmara, surge a pergunta por que teria ela, afinal de contas, feito o esforço de caracterizar o conflito armado em Ituri? Pois, em última análise, com a sua extensa interpretação do Artigo 8 parágrafo 2 subparágrafo b (xxvi) do Estatuto do TPI, a Câmara contornou a diferença entre as duas disposições. Consequentemente, ela poderia ter dele-

53. K. Ambos, Princípios Gerais de Direito no Estatuto Roma, 10 Fórum de Direito Penal, 1999, pg. 5, id, *Nulla poena sine lege* (*Não há pena sem lei*) no direito penal internacional, em R. Haveman/O. Olusanya (editores.), Sentenciando e sancionando em direito penal supranacional, Intersentia, Antuérpia et al. 2006, p. 21.

54. B. Broomhall, em: O. Triffterer (es), Comentário sobre o Estatuto Roma da Corte Penal Internacional, 2a edição, Beck et al., Munique 2008, Artigo 22 (42).

55. B. Broomhall, referência *supra* 54, Artigo 22 (44).

56. Vide Artigo 22, parágrafo 2 sentença 2, Estatuto TPI.

57. Neste sentido Anistia Internacional, referência *supra* 52, p. 4. Para uma interpretação restritiva G. de Beco, referência *supra* 38, p. 328; O. Bekou, referência *supra* 38, p. 354.

58. Vide também G. de Beco, referência *supra* 38, p. 328.

gado a caracterização do conflito ao Tribunal de Julgamento para uma determinação final.⁵⁹

2.2.1.3 O requisito *nexus* (parágrafos 286–293)

O requisito *nexus*, isto é, o requisito de um elo entre o ato criminoso em questão e o conflito armado, está bem estabelecido no direito humanitário e penal internacional. Constitui uma consequência da jurisprudência dos Tribunais *ad-hoc*⁶⁰ e é admitido nos Elementos de Crime da TPI como o Elemento n. 4 do Artigo 8 parágrafo 2, subparágrafo *b* (xxvi) e Artigo 8, parágrafo 2 subparágrafo *e* (vii), do Estatuto TPI. Assim, a Câmara está correta ao aplicá-lo (parágrafo 286).

2.2.1.4 Emenda inadmissível às acusações? (parágrafo 202–204)

Ao confirmar as acusações sob duas disposições distintas (Artigos 8 parágrafo 2 subparágrafo *b* (xxvi), e 8 parágrafo 2 subparágrafo *e* (vii), do Estatuto TPI), a Câmara diverge do Promotor que defendia o ponto de vista que a evidência não era suficiente para estabelecer provas substanciais que levassem a acreditar que um conflito armado internacional teve lugar.⁶¹ Como consequência, mesmo que *Lubanga* jamais tenha sido acusado de crimes de guerra cometidos em um conflito armado internacional, a confirmação inclui a infração do Artigo 8 parágrafo 2 subparágrafo *b* (xxvi) do Estatuto TPI aplicável somente a um conflito armado internacional. A procedência deste resultado depende do poder da Câmara de emendar as acusações *motu proprio*. Embora, à primeira vista, isto pareça ser uma questão processual, a mesma está ligada à lei substantiva, ou seja, à correta classificação de uma conduta criminosa em relação aos crimes estipulados pelo Estatuto TPI e, como tais, à correta interpretação destes crimes. Por estes motivos, o assunto poderá ser discutido neste momento.

De acordo com o Artigo 61, parágrafo 7 subparágrafo *c* (ii) do Estatuto TPI, cabe ao Promotor emendar a acusação caso a evidência apresentada

59. Vide também G. de Beco, referência *supra* 38, p. 328.

60. Vide mais recentemente ICTY, Julgamento, *Promotor vs. Mrkić, Radić e Jovanović*, Caso N0 ICTY-IT-95-13/1-T, TC II, 27 de setembro de 2007, parágrafo 423; ICTY, Julgamento, *Promotor vs. Haradinaj, Balaj e Brahimaj*, Caso N0 IT-04-84-T, TC I, 3 de abril de 2008, parágrafo 61.

61. TPI, Apresentação do Documento Contendo as Acusações consoante o Artigo 61(3)(a) e a Relação das Evidências consoante Norma 121(3), *Promotor vs. Lubanga*, Doc. N0 PCI-01/04-01/06-356, 28 de agosto de 2006, parágrafo 12.

pareça estabelecer um crime diferente dentro da jurisdição da Corte. A Câmara, no entanto, descartou esta possibilidade (e o correspondente adiamento da audiência) visto que, em sua opinião, as disposições relevantes são similares em escopo, independentemente da caracterização do conflito armado (parágrafo 204). Isto pode estar em conformidade com sua extensa interpretação do Artigo 8 parágrafo 2 subparágrafo b (xxvi), do Estatuto TPI, no entanto, conforme arguido acima, esta dificilmente se concilia com a redação das disposições e, portanto, com o princípio *nullum crimen*. Ao considerar o Artigo 8 parágrafo 2 subparágrafo b (xxvi) do Estatuto TPI como um “crime diferente” dentro do significado do Artigo 61, parágrafo 7 subparágrafo c (ii), do Estatuto TPI, a redação absoluta desta disposição sugere que a Câmara extrapola, conforme apresentado *in casu* pelo Promotor,⁶² o escopo de sua autoridade e interfere na autonomia da Promotoria ao determinar quais crimes deveriam ser imputados e submetidos a processo, caso emende as acusações *proprio motu*. Neste sentido, no caso de um “crime diferente” somente o Promotor poderá emendar as acusações, uma Câmara Pré-Julgamento não tem o direito de modificar as características legais dos crimes.⁶³ Por outro lado, poder-se-ia argumentar como já anteriormente,⁶⁴ que o princípio *iura novit curia* (“o juiz conhece a legislação”) estabelecido no Regulamento 55 da Regulamentação da Corte⁶⁵ poderia, também, ser aplicado à audiência de confirmação (embora, a julgar pelo seu teor, o Regulamento 55 aplica-se somente à fase do julgamento) e, conseqüentemente, a Câmara Pré-Julgamento está em seu direito, caso emende as acusações *motu proprio*. Admitidamente, esta ques-

62. TPI, Petição de Licença para impetrar Recurso contra a “*Décision sur la confirmation des charges*” (*Decisão sobre a confirmação das acusações*) da Câmara de Pré-Julgamento de 29 de janeiro de 2007, *Promotor vs. Lubanga*, Doc. N0 TPI-01/04-01/06-806, 5 de fevereiro de 2007, par. 11; PCI, Apresentação da Promotoria referente a assuntos requerendo determinação antecipada: status da evidência ouvida pela Câmara de Pré-Julgamento; status da Câmara de Pré-Julgamento; e a maneira como a evidência deverá ser submetida, *Promotor vs. Lubanga*, Doc. N0 PCI-01/04-01/06-953, 12 de setembro de 2007, par. 17.
63. TPI, Petição de Licença para impetrar Recurso contra a “*Décision sur la confirmation des charges*” (*Decisão sobre a confirmação das acusações*) da Câmara de Pré-Julgamento de 29 de janeiro de 2007, *Promotor vs. Lubanga*, Doc. N0 PCI-01/04-01/06-806, par. 12.
64. K. Ambos/D. Miller, referência *supra* 26, at 358 e sequência (360).
65. Os Regulamentos foram adotados pelos juízes em 26 de maio de 2004, TPI-BD/01-01-04. Consoante o Regulamento 55 a Câmara de Julgamento está habilitada, “em sua decisão sob o Artigo 74” (i.e. na fase de julgamento), a modificar a caracterização legal dos fatos.

tão, particularmente com relação à interpretação de “um crime diferente” está aberta a discussões adicionais.⁶⁶

O argumento adicional contra o enfoque da Câmara, isto é, que ela aumenta a carga de trabalho do Promotor, visto que agora ele precisa provar ao Tribunal de Julgamento que o conflito em Ituri foi de natureza internacional,⁶⁷ não é convincente. Mesmo que a Promotoria não consiga provar a natureza internacional do conflito armado, o Tribunal poderá condenar *Lubanga* pelos delitos cometidos em um conflito armado não-internacional, contanto que estes delitos sejam cercados pelos fatos e pelas circunstâncias descritas nas acusações originais.⁶⁸ Além disso, seria possível à Promotoria retirar certos elementos de uma acusação durante o julgamento, incluindo a caracterização conflito armado relevante como sendo internacional.⁶⁹ Em suma, as modificações da Câmara têm apenas um impacto insignificante sobre o trabalho do Promotor.⁷⁰

2.2.2 Princípio da legalidade e do erro de direito (parágrafos 294–316)

A Defesa argumentou que o princípio da legalidade requer que o perpetrador esteja *ciente da existência de um crime relevante*. Em vista do fato que nem Uganda nem o Congo “levaram ao conhecimento dos habitantes de Ituri o fato da ratificação do Estatuto de Roma” (parágrafo 296), a Defesa concluiu que *Lubanga* não poderia ter tomado conhecimento da proibição de alistar ou de recrutar compulsoriamente crianças e que, portanto, a sua condenação violaria o princípio da legalidade. Este argumento está baseado em um equívoco do princípio da legalidade. Objetivamente, este princípio requer, apenas, a codificação dos crimes atribuídos na ocasião do seu cometimento. (Artigo 22,

66. Vide p.ex. J. C. Ochoa, referência *supra* 44, p. 57 e sequência; M. A. Drumbl, referência *supra* 30, p. 847 e sequência; O. Bekou, referência *supra* 38, à pg. 344 e sequência 355.

67. G. de Beco, referência *supra* 38, p. 326.

68. TPI, Decisão sobre o status ante o Tribunal de Julgamento da evidência ouvida pela Câmara Pré-Julgamento e as decisões da mesma em procedimentos de julgamento, e a maneira pela qual a evidência deverá ser submetida, *Promotor vs. Lubanga*, Doc. N0 TPI -01/04-01/06-1084, TC I, 13 de dezembro de 2007, parágrafo 47.

69. Esta possibilidade permanece aberta na TPI, Decisão sobre o status ante o Tribunal de Julgamento da evidência ouvida pela Câmara Pré-Julgamento e as decisões da mesma em procedimentos de julgamento, e a maneira pela qual a evidência deverá ser submetida, *Promotor vs. Lubanga*, Doc. N0 TPI -01/04-01/06-1084, TC I, 13 de dezembro de 2007, par.

70. K. Shibahara/W. Schabas, em: O. Triffterer (editores.), *Comentário sobre o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional*, 2a edição, Beck et al., Munique 2008, Artigo 61 (19).

parágrafo 1 Estatuto do TPI) independentemente do conhecimento desta codificação pelo acusado. *In casu*, os crimes foram, supostamente, cometidos após o dia 1º de julho de 2002 (a data da entrada em vigor do Estatuto do TPI) e foram definidos com suficiente clareza. Consequentemente, o princípio da legalidade não pode constituir uma defesa válida. A Câmara está certa ao descartar a argumentação inválida de Defesa (parágrafo 303).⁷¹

O verdadeiro significado do argumento da Defesa reside na possibilidade de um *erro de direito* por desconhecimento da proibição da conduta relevante. No entanto, o Artigo 32 parágrafo 2 do Estatuto TPI se baseia na norma *error iuris non nocet*, ou seja, um erro de direito é irrelevante a não ser que negue o elemento mental exigido por tal crime. Consequentemente, do ponto de vista da Câmara, um erro de direito poderá, somente, excluir a responsabilidade penal se o suspeito “não estivesse ciente de um elemento objetivo normativo do crime em decorrência de não realizar seu significado social (seu significado cotidiano)” (parágrafo. 316)⁷². Assim, apenas um erro com relação aos elementos normativos de um crime pode ser relevante.⁷³ Por exemplo, *Lubanga* pode ter arguido que tinha conhecimento da proibição geral de alistar e recrutar crianças, mas tinha a convicção que esta disposição só era aplicável ao recrutamento forçado de crianças.⁷⁴ De qualquer forma, a Câmara não analisa o Artigo 32, parágrafo 2 do Estatuto TPI em mais detalhes, mas rejeita a apresentação da Defesa por razões factuais. Do ponto de vista da Câmara, a evidência apresentada não “comprova que Thomas Lubanga Dyilo teria cometido um erro desta natureza no contexto em que os crimes foram perpetrados.” (parágrafo 316).

2.2.3. Responsabilidade Penal (parágrafos 317–348)

A parte principal da decisão trata da responsabilidade penal de *Lubanga*. Do ponto de vista da Câmara, todas as formas de responsabilidade acessória previstas no Artigo 25, parágrafo 3 subparágrafo b a d, do Estatuto TPI foram

71. Vide também T. Weigend, *Intenção, Erro de Direito, e Co-Perpetração na Decisão Lubanga de Confirmação das Acusações*, 6 Periódico Internacional de Justiça Penal 2008, pg. 474.

72. Criticamente T. Weigend, referência *supra* 71, p. 475.

73. Vide K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts (A Parte Geral do Direito Penal Internacional)*, Duncker & Humblot, Berlin 2002 p. 812 e sequência; id., *Internationales Strafrecht (Direito Penal Internacional)*, Beck, Munique 2a ed. 2008, § 7 mn. 103.

74. Vide T. Weigend, referência *supra* 71, p. 475.

totalmente incorporadas pelo conceito da co-perpetração, consoante o significado do subparágrafo a, alteração 2 (parágrafo 321). Embora a Câmara analise o desenvolvimento da doutrina do empreendimento criminoso conjunto (*jce*)⁷⁵ da ICTY, ela finalmente acaba por adotar a modalidade da *co-perpetração* em um sentido restrito. Consoante a sua opinião, “o conceito da co-perpetração baseado no controle conjunto sobre o crime está enraizado no princípio da divisão das tarefas fundamentais visando o cometimento do crime por duas ou mais pessoas agindo de comum acordo. Consequentemente, embora nenhum dos participantes exerça um controle geral sobre o delito, eles dependem uns dos outros para o seu cometimento, eles compartilham o controle, visto que cada um poderia frustrar o cometimento do delito ao não executar a sua parte” (parágrafo 330).

A nível *objetivo*, a Câmara estipula dois requisitos, a saber, a existência de um acordo ou plano em comum entre duas ou mais pessoas (parágrafos 343–345) e uma contribuição coordenada da parte de cada co-perpetrador levando à realização dos elementos objetivos do crime (parágrafos 346–348). Quanto ao nível *subjetivo*, a Câmara atém-se, em geral, ao óbvio, isto é, que o suspeito precisa satisfazer os elementos subjetivos do crime em questão (parágrafos 349–360). Mais precisamente, os suspeitos, precisam, todos, estar mutuamente cientes e aceitar, mutuamente, que a implementação do seu plano comum poderá resultar na realização dos elementos objetivos do crime (parágrafos 361–365); eles precisam estar cientes das circunstâncias factuais habilitando ele ou ela a, conjuntamente, controlar o crime (parágrafos 366–367). Em essência, a Câmara adota a doutrina alemã do “*controle funcional sobre o ato*” (“*funktionelle Tatherrschaft*”)⁷⁶. Este enfoque permite uma distinção racional entre os perpetradores de um lado e os acessórios do outro.⁷⁷

75. ICTY, Julgamento, Promotor vs. Tadic, Caso N0 IT-91-1-A, AC, 15 de julho de 1999, par. 196–201. Para uma análise crítica vide K. Ambos, Joint criminal enterprise and command responsibility (Responsabilidade conjunta de empreendimento e comando criminoso), 5 Periódico de Direito Penal Internacional, 2007, 159.

76. Vide também H. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (Direito Penal Internacional e Europeu), 2a ed. Nomos, Baden-Baden 2008, § 14 mn. 42; K. Ambos, em O. Triffterer (editores), Comentário sobre o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, 2a ed., Beck et al., Munique 2008, Artigo 25 edição especial, mn. 9a; T. Weigend, referência *supra* 71, p. 479 e o trabalho fundamental de C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft (Perpetração do Crime e Controle sobre a Perpetração)*, 8a ed., de Gruyter, Berlin 2006, p. 275 e sequência, 719 et sequência.

77. Vide T. Weigend, referência *supra* 71, p. 478.

A Câmara não considera que a capacidade de exercer controle conjunto sobre um crime esteja ligada à [*performance at the execution stage (desempenho na fase de execução)*] (parágrafos 348). No entanto, o raciocínio da Câmara é falho, visto que o mesmo se refere apenas ao caso do Estatuto levar em consideração que o direito positivo não responde a esta questão. De fato, o escopo da responsabilidade de co-perpetração representa um problema doutrinal clássico exigindo uma análise informada e crítica sobre as diferentes posições adotadas pela jurisprudência e pelos estudiosos.⁷⁸

De forma sucinta, a Câmara também aborda o *cometimento* de crimes *por meio de outra pessoa* consoante o Artigo 25, parágrafo 3 subparágrafo a alteração 3, do Estatuto TPI. Esta variante de perpetração pressupõe, em sua forma clássica, que a pessoa que comete o crime (*“intermediary”, “intermédiaire”, “Tatmittler”*) pode ser utilizada como um instrumento ou ferramenta pelo perpetrador indireto (*“auteur médiate”*) como o mentor ou “indivíduo de segundo plano” (*“Man in the Background” “Hintermann”*).⁷⁹ Normalmente, ele ou ela é um agente inocente, não responsável pelo ato criminoso. Contudo, especialmente no campo da “macro-criminalidade”, *i.e.*, criminalidade sistemática ou maciça organizada, apoiada ou tolerada pelo Estado⁸⁰, o perpetrador ou executor direto normalmente executa o ato com a necessária *mens rea* e está plenamente ciente de sua ilegalidade. Surge, assim, a questão se a perpetração *por meio de* sempre pressupõe que o perpetrador direto tem um “defeito”, ou se esta também é possível com um perpetrador direto plenamente responsável e culpável, isto é, no caso de um “perpetrador (indireto) *por traz de um perpetrador* (direto)” (*“Täter hinter dem Täter”*).⁸¹ A resposta convincente da Câmara é afirmativa (parágrafo

78. Em relação, vide K. Ambos, referência *supra* 73, p. 565 e sequência.

79. Para uma análise detalhada com referências adicionais vide K. Ambos, referência *supra* 76, Artigo 25 (10). – Quanto à terminologia, vale a pena mencionar que Michael Bohlander emprega, em sua recente tradução do Código Penal Alemão (O Código Penal Alemão – Uma Tradução Moderna para o Inglês, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2008, at § 84) o termo “hinterman” referindo-se a outras palavras emprestadas do Alemão para a terminologia Inglesa, tais como “hinterland”, o que sugere que as pessoas fluentes em Inglês estarão familiarizadas com as conotações do prefixo “hinter-” e terão a capacidade de adaptá-lo a novas combinações.

80. Vide H. Jäger, *Makrocriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt (Macro-Criminalidade. Estudos sobre a Criminologia do Poder Coletivo)*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1989.

81. Com relação à discussão relevante na Alemanha vide C. Roxin, referência *supra* 76, p. 252 e sequência.

339). Este ponto de vista é respaldado pela redação do Artigo 25, parágrafo 3 subparágrafo a do Estatuto TPI⁸² e por jurisprudência nacional. Independentemente da plena responsabilidade penal do executor, o “*Hintermann*” foi incriminado nos casos em que ele exerce domínio sobre os perpetradores por meio de uma estrutura organizacional hierárquica, *i.e.*, onde ele ou ela exercem “*Organisationsherrschaft*” (“*Controle Organizacional*”)⁸³. Esta doutrina foi reconhecida e aplicada várias vezes por tribunais nacionais (Eichmann⁸⁴, generais argentinos,⁸⁵ assassinatos na fronteira oriental alemã⁸⁶).

A Câmara desassocia-se, claramente, da jurisprudência adotada pelo ICTY. Antes de se decidir pelo “controle conjunto” (“*joint control*”) como o elemento central da co-perpetração, a Câmara analisou e descartou a abordagem puramente objetiva bem como a abordagem puramente subjetiva (parágrafos 326–329). Aqui novamente, a Câmara está, obviamente, sendo influenciada pela doutrina e discussão alemã.⁸⁷ Mais importante, no entanto, é o fato que a Câmara associa a doutrina *jce* com a abordagem subjetiva descartada. Aparentemente, com este enfoque, a Câmara *se desassocia da doutrina jce*, ao menos, na medida em que ela vai além da mera co-perpetração no sentido do Artigo 25, parágrafo 3, subparágrafo a do Estatuto TPI *i.e.*, de suas

82. A. Eser, Individual Responsibility (*Responsabilidade Individual*), em: A. Cassese/P. Gaeta/J. Johns (editores), O Estatuto de Roma e a Corte Penal Internacional: Um Comentário – Volume I, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 794; K. Ambos, referência *supra* 76, Artigo 25 (13).

83. Vide C. Roxin, referência *supra* 76, p. 242 e sequência, 704 e sequência; para uma discussão adicional: K. Ambos, referência *supra* 76, Artigo 25 (10-11).

84. Jerusalem District Court (Câmara Distrital de Jerusalém), 12 de dezembro de 1961, 36 *International Law Reports (Relatórios de Direito Internacional)*, p. 236-37 par. 197.

85. Câmara Nacional de Apelações da Área Criminal e Correcional da Capital, 9 de dezembro de 1985, 309-I/II, Coleção Oficial de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça da Nação (“Acórdãos”) 33-1657, at 1601-02.

(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correcional de la Capital, 9 de Diciembre de 1985, 309-I/II, Collection Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion (“Fallos”))

86. BGHSt 40, 218 (Official collection of the Supreme Court judgements in criminal matters)(*Coleção Oficial dos Julgamentos da Suprema Corte*) à pg. 236 e sequência; para a jurisprudência subsequente vide BGHSt 45, 270, 296; BGHSt 48, 331; BGHSt 49, 147; BGH, Neue Zeitschrift fur Strafrecht (*Novo Periódico de Direito Penal*) 2004, 457, 458 e Neue Zeitschrift fur Strafrecht (*Novo Periódico de Direito Penal*) 2008, 89

87. Vide a discussão em C. Roxin, referência *supra* 76, p. 34 e sequência.

formas sistêmicas (*jce II*) e estendidas (*jce III*). Resta ver se esta primeira decisão sinaliza o fim da mais notória inovação dos Tribunais *ad-hoc*.⁸⁸

No final, a Câmara responsabiliza *Lubanga* como sendo um *co-perpetrador*. Segundo o seu ponto de vista, o tipo de controle exercido por *Lubanga* não alcançou o patamar necessário para caracterizá-lo como participação indireta (particularmente consoante o parágrafo 374). Em contraste, em outra decisão, a Câmara asseverou “que existem motivos suficientes para acreditar que, em vista do relacionamento hierárquico entre o Sr. Thomas Lubanga e os outros membros da UPC e da FPLC, o conceito de participação indireta [...] poderia ser cabível”.⁸⁹ Embora a Câmara não se encontre tolhida pelas suas decisões prévias, existem também várias alusões na decisão de confirmação relativas ao controle significativo de *Lubanga*. Por exemplo, a Câmara afirma que *Lubanga* “tinha a palavra final sobre a adoção de políticas por parte da FLPC” (parágrafo 376) e “exercia uma função-chave de coordenação geral” (parágrafo 138). Isto parece indicar que *Lubanga* exercia uma função que lhe permitia dominar os perpetradores diretos por meio da estrutura hierárquica organizacional, i.e., que ele detinha “*Organisationsherrschaft*” (“*Poder de Organização*”) como perpetrador indireto. A Câmara deveria ter evitado estas inconsistências ao traçar uma linha diferenciadora entre a co-perpretação e a perpetração por meios.

2.2.4 Requisitos subjetivos para a co-perpretação e a intenção (parágrafos 349–367)

Em conformidade com o Artigo 30, parágrafo 1, do Estatuto do TPI, o suspeito precisa agir com intenção e com conhecimento. Do ponto de vista da Câmara, esta disposição cobre o *dolus directus* de primeiro grau, o *dolus directus* de segundo grau e o *dolus eventualis* (parágrafos 351–352). No entanto, dado o grande número de diferentes conceitos e definições do *dolus eventualis*, não é possível decidir sobre a sua inclusão no Artigo 30 do Estatuto do TPI sem ter, previamente, esclarecido o conceito ou a definição utilizada.⁹⁰

88. Vide também T. Weigend, referência *supra* 71, p. 478.

89. TPI, Decisão sobre a Petição da Promotoria para um mandado de prisão, *Promotor vs. Lubanga*, Doc. No. TPI-01/04-01/06-8, PTC I, 9 de março de 2006, parágrafo 96.

90. Para um ponto de vista diferente vide, p.ex. K. Ambos, referência *supra* 73, p. 770; id., referência *supra* 73, § 7 mn. 67; A. Eser, *Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law (Elementos Mentais – Erros de Fato e Erros de Direito)*, em: A. Cassese/P. Gaeta/J. Jones (editores), *O Estatuto de Roma e a Corte Penal Internacional: Um Comentário*, Volume I, *Oxford University Press, Oxford 2002*, p. 932 com referências adicionais.

Isto implica a existência de fundamento jurídico comparativo, que é novamente omitida pela Câmara.

Contrário ao Artigo 30, parágrafo 1, do Estatuto do TPI, os elementos relevantes dos crimes [Elemento nº 3 do Artigo 8 (2) (b) (xxvi) e 8 (2) (e) (vii)] estipulam que o perpetrador sabia ou *deveria-ter-sabido* que tal pessoa ou pessoas tinham menos de 15 anos de idade. Este padrão diferente foi adotado, pois os delegados estavam preocupados que a estrita aplicação do elemento conhecimento do Artigo 30 do Estatuto do TPI importaria um ônus de prova demasiadamente alto à Promotoria.⁹¹ Os indivíduos não deveriam a ter possibilidade de evitar a responsabilidade penal ao se recusar a verificar a idade dos integrantes das forças armadas.⁹² A aplicação do conceito de negligência deveria ser uma pré-condição indispensável para a efetiva ação penal contra crimes envolvendo crianças-soldado. Consequentemente, a Câmara defende o ponto de vista que o requisito do elemento subjetivo é preenchido se o suspeito “não sabia que as vítimas tinham menos de quinze anos de idade [...] e não tinha este conhecimento porque ele ou ela não agiram com diligência própria nas circunstâncias relevantes” (parágrafo 358). É questionável se este enfoque é consistente com o Estatuto do TPI. Consoante o Artigo 30, parágrafo 1, do Estatuto TPI, o princípio subjetivo geral aplica-se a qualquer crime, a não ser que um padrão diferente tenha sido prescrito. O exemplo clássico de tal padrão diferente (mais baixo) é o requisito *deveria-ter-sabido* na responsabilidade de comando (Artigo 28 do Estatuto do TPI). No entanto, é questionável se tal padrão diferente também pode derivar de uma fonte diferente da do Estatuto, particularmente, como neste caso, dos Elementos dos Crimes. A questão foi analisada, de maneira controversa, durante a Conferência de Roma e a negociação sobre os Elementos dos Crimes ainda não chegou a uma conclusão. Enquanto o Artigo 9, parágrafo 3, do Estatuto do TPI classifica os Elementos

91. Vide C. Garraway, Artigo 8 (2) (b) (xxvi) – *Using, Conscripting or Enlisting Children (Utilizando, Recrutando Compulsoriamente ou Alistando Crianças)*, em R. S. Lee (editor) *The International Criminal Court – Element of Crimes and Rules of Procedure and Evidence (A Corte Penal Internacional- Elementos de Crime e Normas de Procedimento e Evidência)*, Transnational Publishers, Ardsley 2001, p. 207.

92. Vide Anistia Internacional, *A Corte Penal Internacional: Preliminary comments concerning the elements of war crimes other than grave breaches of the Geneva Conventions (Comentários Preliminares sobre crimes de guerra outros que graves infrações das Convenções de Genebra)* – Parte I, julho de 1999, AI Index: IOR 40/11/99, p. 13; Human Rights Watch, *Commentary to the Second Preparatory Commission on Rules of Procedure and Elements of Crimes (Vigilância dos Direitos Humanos, Comentários para o Segundo Comitê Preparatório sobre Normas de Procedimento e Elementos de Crime)* julho de 1999, p. 24.

como uma fonte subsidiária do Direito, claramente inferior ao Estatuto, o Artigo 21, parágrafo 1 subparágrafo a do Estatuto do TPI parece dar pesos iguais ao Estatuto, aos Elementos e às Normas⁹³ A Câmara adota este segundo ponto de vista, mas, novamente, não proporciona nenhum raciocínio para a sua escolha.⁹⁴ Em última análise, esta questão não tem impacto sobre a decisão da Câmara, uma vez que ela considera que os requisitos subjetivos da co-perpetração tornam o padrão *deveria-ter-sabido* inaplicável *in casu*. Assim, todos os perpetradores devem estar “mutuamente cientes e aceitar, mutuamente, a possibilidade que a implementação do plano comum pode levar à realização dos elementos objetivos do crime” (parágrafo 356). Isto leva ao resultado um tanto quanto paradoxo que o patamar subjetivo para os co-perpetradores é mais alto que para dois perpetradores individuais agindo em paralelo sem um plano comum. Estes padrões diferentes podem resultar em um tratamento desigual para condutas praticamente iguais.

2.3. Conclusão

Em sua verdadeiramente primeira decisão sobre lei substantiva, a Câmara se emancipou dos Tribunais *ad-hoc* e, neste sentido, tornou claro o início de uma nova era no direito penal internacional. No entanto, a decisão se ressent, em muitas partes, da falta de raciocínio suficiente e de pesquisa comparativas nos remetendo, assim, ao velho e lamentável padrão da jurisprudência dos Tribunais *ad-hoc*. Espera-se que, no futuro, as Câmaras invistam mais energia e recursos em raciocínios mais apurados sobre suas decisões, enriquecendo-as com as necessárias análises sobre direito comparado.

Kai Ambos | Professor de Direito Penal, Procedimento Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na Universidade Georg-August de Göttingen; Juiz do Tribunal Regional de Justiça (*Landgericht*) de Göttingen

93. Vide M. Kelt/H. von Hebel, *General Principles of Criminal Law and the Elements of Crimes (Princípios Gerais de Direito Penal Internacional e os Elementos de Crime)* em R. S. Lee (editor), *The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence (A Corte Penal Internacional – Elementos de Crime e Normas de Procedimento e Evidência)*, Transnational Publishers, Ardsley 2001, p. 29 e sequência; D. K. Piragoff/D. Robinson, Artigo 20, em O. Triffterer (editor.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (Comentário sobre o Estatuto de Roma e a Corte Penal Internacional)*, Beck et al., 2nd ed. Munique 2008, mn. 14; T. Weigend, referência supra 71, p. 473.

94. Vide também Weigend, referência supra 71, p. 474.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, K. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
- _____. Procedimento Penal Internacional: “contencioso”, “inquisitorial” ou misto? 3 *International Criminal Law Review*, 2003.
- _____. Princípios Gerais de Direito no Estatuto Roma, 10 Fórum de Direito Penal, 1999, pg. 5, id, *Nulla poena sine lege (Não há pena sem lei no direito penal internacional)*, In: R. Haveman/O. Olusanya (editores.), *Sentenciando e sancionando em direito penal supranacional*, Antuérpia, Intersentia, 2006.
- _____. «Witness Proofing» perante a TPI: Nem legalmente admissível nem necessário, em C. Stahn e G. Sluiter (eds), *A TPI aos Cinco Anos: A Prática Emergente da Corte* (2008, a ser publicado em futuro próximo).
- ARTS, K & V. POPOVSKI, V., *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, Haia: Hague Academic Press, 2006.
- BECO, G de Crimes de Guerra em Conflitos Armados Internacionais vs. Não-Internacionais: “New Wine in Old Wineskins (*Novo Vinho em Velhos Odres*)?”, 8 *International Criminal Law Review*, 2008
- BEKOU, O. Promotor vs. Thomas Lubanga Dyilo – Decisão sobre a Confirmação das Acusações, 8 *Human Rights Law Review*, 2008
- CRYER, R. et al., *Direito e Procedimento Penal Internacional*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- CULLEN, A. *The Definition of Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Penal Court: An Analysis of the Threshold of Application*, contida no Artigo 8 (2) (f), 18 *Journal of Conflict & Security (Periódico relativo a Conflito & Segurança)*, fevereiro de 2008
- DRUMBL, M. A.. Promotor vs. Thomas Lubanga Dyilo. *Décision sur la Confirmation des. Caso N° TPI-01/04-01/06*, 101 *American Journal of International Law*, 2007
- ESER, A. Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law, In: CASSESE, A.; GAETA, P.; JONES, J.(eds), *O Estatuto de Roma e a Corte Penal Internacional: Um Comentário*, Volume I, Oxford: Oxford University Press 2002.
- ESER, A. Individual Responsibility. In: CASSESE, A.; GAETA, P.; JOHNS, J. (eds), *O Estatuto de Roma e a Corte Penal Internacional: Um Comentário – Volume I*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- JAGER, H. *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1989.
- KELT, M. & VON HEBEL, H. *General Principles of Criminal Law and the Elements of Crimes*. In: Lee, R. S. (ed), *The International Criminal Court – Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Ardsley: Transnational Publishers, 2001.

HUMAN RIGHTS WATCH, Commentary to the Second Preparatory Commission on Rules of Procedure and Elements of Crimes, julho de 1999

_____, Des Forges (Hrsg.), Ituri: "Covered in Blood", julho de 2003, Relatório da HRW Vol. 15, Nº 11 (A). Disponível em: <http://hrw.org/reports/2003/ituri0703/DRC0703.pdf> (acessado pela última vez em junho de 2007).

OLÁSOLO, H. Uma nota sobre a evolução do princípio da legalidade em Direito Penal Internacional, 18 *Criminal Law Forum*, 2007.

_____, *Unlawful Attacks in Combat Situations*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

PIRAGOFF, D. K. & ROBINSON, D. Artigo 20, In: TRIFFTERER, O. (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Munique: Beck et al., 2008.

RAIMONDO, F. *General Principles of Law in the Decisions of International Penal Courts and Tribunals*, Amsterdã: Proefschrift Universiteit van Amsterdam, 2007.

ROXIN, C. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed., de Gruyter, Berlin, 2006.

SATZGER, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2ª ed. Nomos, Baden-Baden 2008, § 14 mn. 42; K. Ambos, In: O. Triffterer (eds), Comentário sobre o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, 2ª ed., Beck et al., Munique 2008,

SHIBAHARA, K. & SCHABAS, W. In: TRIFFTERER, O. (Ed), *Comentário sobre o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional*, Munique: Beck et al., 2008.

WEIGEND, T. Intenção, Erro de Direito, e Co-Perpetração na Decisão Lubanga de Confirmação das Acusações, 6 Periódico Internacional de Justiça Penal, 2008.

WISCHEL, G. & RUCKERT, W. Artigo 7 (1) (i) – Crime Contra a Humanidade do Desaparecimento Forçado de Pessoas In: LEE, R. S. (ed.), *O Tribunal Penal Internacional – Elementos de Crimes e Normas de Procedimento e Evidência*, ArdsleyTransnational Publishers, 2001.