

O CASO BEMBA FRENTE AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: A FIGURA DO SUPERIOR HIERÁRQUICO NO ESTATUTO DE ROMA

Michel Reiss¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Clara de Castro Nassif²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Matheus Mendonça Ribeiro Nepomuceno³

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 24/05/2022.

Artigo aceito em: 24/10/2022.

Resumo

O tema do presente trabalho é o julgamento de Jean-Pierre Bemba Gombo perante o Tribunal Penal Internacional e a possibilidade de uma parte geral, no que tange ao direito Penal Internacional. Como objetivo específico, tem-se o exame da figura do superior hierárquico na estrutura do Estatuto de Roma e a aplicação dessa figura jurídica para a primeira sentença e eventual decisão do recurso feito à corte pelo congolês. A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. Com relação ao tipo de investigação, foi escolhido o jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dedutivo. Concluiu-se, da presente pesquisa, que

a apreciação da sentença e do recurso foram antagônicos no que diz respeito aos elementos de caracterização do superior hierárquico e, conseqüentemente, no adimplemento de uma parte geral do Direito Penal Internacional. Isso porque a primeira contou com a consolidação dos elementos necessários para o crime comissivo por omissão, ao passo que a decisão do recurso rediscutiu a matéria entendendo pela não observação dos elementos anteriormente sopesados.

Palavras-chave: parte geral do Direito Internacional Penal; superior hierárquico; Tribunal Penal Internacional.

1 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Direito pela UFMG. Professor assistente na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6719112992680375> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9858-3483> / e-mail: michel@michelreiss.com.br

2 Graduanda em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3107543187056345> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4486-3655> / e-mail: nassifdecastroclara@gmail.com

3 Graduando em Direito, modalidade integral, pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9907685252515433> / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4698-5760> / e-mail: matheusmendoncarn@gmail.com

THE BEMBA CASE BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: THE FIGURE OF THE HIERARCHICAL SUPERIOR IN THE ROME STATUTE

Abstract

The subject of research is the trial of Jean-Pierre Bemba Gombo before the International Criminal Court and the possibility of a general part, regarding International Criminal Law. As a specific objective, there is the examination of the figure of the hierarchical superior in the structure of the Rome Statute and the application of the legal figure for the first sentence and eventual decision of the appeal made to the court by the Congolese. The proposed research belongs to the juridical-sociological methodological aspect. Regarding the type of investigation, the legal-projective type was chosen. The reasoning developed in the research will be predominantly deductive. It was con-

cluded from the present research that the sentence and the appeal were antagonistic regarding the elements of characterization of the hierarchical superior and, consequently, in the fulfillment of a general part of International Criminal Law. The first relied on the consolidation of the necessary elements for the commission of crime by omission, while the decision of the appeal re-discussed the matter, understanding the non-observation of the previously overweight elements.

Keywords: *general part of International Criminal Law; International Criminal Court; legal superior.*

Introdução

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado por meio do Estatuto de Roma, em 1998, e trouxe em seu corpo as regras para que o Tribunal possa exercer sua jurisdição. Em seu art. 5º, o estatuto aduz os crimes que serão julgados caso um indivíduo de algum dos países signatários os cometa, a saber: crime de genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra e o crime de agressão.

Nesse sentido, para a doutrina especializada, a criação do Tribunal Penal Internacional é uma tentativa política e jurídica para o fortalecimento do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. Isso porque a implementação do Tribunal visa à concretização do Princípio da Jurisdição Universal. Assim, cabe uma análise à luz de conceitos não explicitamente definidos pelo Estatuto de Roma, baseando-se na jurisprudência desenvolvida por esse órgão julgador.

Por certo, no dia 15 de junho de 2009, o Tribunal Penal Internacional confirmou a acusação feita pela República Democrática do Congo contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ex-vice-presidente do país, por crimes de guerra e crimes contra a humanidade nas modalidades de homicídio, estupro e pilhagem. A sentença, em 21 de junho de 2016, concluiu que, atuando como comandante militar e com efetivo comando das tropas do Movimento de Libertação do Congo (MLC), Bemba foi criminalmente responsável nos termos do art. 28 (a) do Estatuto de Roma.

Nessa decisão, Bemba foi sentenciado à maior pena já aplicada na história do Tribunal, ou seja, 18 anos de reclusão. O emblemático caso foi o primeiro em que o TPI reconheceu a prática de crimes sexuais e violência de gênero. No entanto, o advogado do réu, no dia 4 de abril de 2016, interpôs recurso contra a decisão.

Em grau recursal, o Tribunal decidiu pela absolvição de Bemba, por considerar que a sentença continha dois erros graves, sendo o primeiro a falta de taxatividade numérica das alegações a ele imputadas e o segundo a não avaliação, pela Primeira Câmara de julgamento, de provas que aduzem que Bemba não conseguiria impedir, prevenir e punir seus subordinados pelas práticas de crimes tipificados no Estatuto.

Nessa conjuntura, surge o problema: pode-se extrair do caso Bemba elementos que possibilitem contribuir para a criação de uma parte geral do Direito Internacional Penal efetivando a concretização dos Direitos Humanos? E de sua decisão em grau recursal?

Examinando respostas a esses questionamentos, a partir de reflexões preliminares, assente a sentença, é possível aferir que o Tribunal progredia quanto à consolidação dos elementos necessários para solidificar a figura do crime comissivo

por omissão, efetivando assim a proteção dos Direitos Humanos. Não obstante, na decisão em grau recursal, esses elementos foram desconsiderados, configurando um retrocesso dos avanços até então feitos para a consolidação de uma parte geral do Direito Internacional Penal e o conseqüente retrocesso aos Direitos Humanos garantidos por esse órgão.

Para tanto, este estudo lança mão do juízo hipotético-dedutivo, traçando conjecturas a despeito de uma Parte Geral do Direito Internacional Penal. Quanto à natureza dos dados, trata-se de um estudo teórico, que se utilizará de doutrina, jurisprudência e textos normativos para as conjecturas propostas.

1 Dos acontecimentos históricos

Jean-Pierre Bemba nasceu em 4 de novembro de 1962, na vila de Bokada, localizada na província de Equador, na República Democrática do Congo. De família com grande poder aquisitivo, Bemba teve boa parte de sua graduação escolar em Bruxelas, na Bélgica (PROFILE..., 2018).

A história do congolês passa a se confundir com a de seu país quando, no início dos anos 1990, Bemba se torna assistente pessoal de Mobutu Sese Seko, amigo próximo de seu pai e ex-ditador do Congo (PROFILE..., 2018). Em 1998, apoiado pelo então presidente da Uganda, Yoweri Museveni, Jean-Pierre Bemba criou e dirigiu o Movimento de Libertação do Congo (doravante MLC) na República Democrática do Congo (doravante RDC), grupo militar de grande relevância para o fim do governo de Kabila, que, após a segunda guerra do Congo (1998-2003), firmou o acordo de paz que iniciou um governo compartilhado de poder, sendo Bemba um dos quatro presidentes de transição (SALEH; ROCHA, 2016).

Apelidado de “Mobutu em miniatura”, Bemba assumiu uma linha autoritária de governo, enquanto sua milícia ganhava influência na província de Equador e em parte do nordeste do país (SALEH; ROCHA, 2016). Apesar de seu alto grau de autoritarismo, os crimes aferidos pelo TPI se deram pela participação na tentativa de golpe à República Centro-Africana (doravante RCA). Nessa região, devido a essa tentativa de golpe, o MLC se envolveu em saques, assassinatos de civis e estupros coletivos, crimes de guerra e contra a humanidade positivados no Estatuto do TPI.

Bemba estava em Bruxelas quando os ataques foram realizados, entretanto seu comando chegava aos soldados, que executavam suas ordens para o ataque. Segundo a Câmara de Julgamento “*these crimes were a result of Mr Bemba’s failure to exercise control properly*” (ICC, 2016, p. 30).

Em 2008, Bemba foi detido em Bruxelas e entregue ao TPI dois meses

4 “Esses crimes eram resultados da falha do Sr. Bemba em exercer o controle adequadamente” (tradução nossa).

depois. Durante todo o processo, iniciado apenas em 2010, o ex-presidente alegou inocência; em contrapartida, o resultado da condenação se deu por unanimidade, tendo sido condenado a 18 anos de prisão. Durante sua defesa, os representantes do demandado afirmaram que ocorreu, por parte do tribunal, “*delays over the course of the proceedings, as well as alleged violations of Mr Bemba’s rights to privileges, immunities, privacy, and disclosure, constitute a mitigating factor*”⁵ (ICC, 2016, p. 42).

Na Câmara Recursal, Bemba foi inocentado, por três votos a favor e dois contra, de todos os crimes contra a humanidade e de guerra cometidos por seus subordinados, tendo em vista que o Tribunal anulou a culpabilidade do acusado devido à não comprovação efetiva, durante o primeiro julgamento, de que o réu não tenha tomado medidas suficientes para impedir o ataque, fato este que remove a responsabilidade penal do indivíduo (ICC, 2016, p. 80).

Diante do contexto histórico narrado, cabe uma verificação mais aprofundada acerca da figura da autoria no Estatuto de Roma e sua divergência de interpretação em cada Câmara de Julgamento, bem como a compreensão da medida em que essa divergência auxilia na efetivação dos Direitos Humanos, no âmbito do Direito Internacional Penal.

2 A figura da autoria do estatuto de Roma

O Estatuto de Roma, instrumento normativo que rege o Tribunal Penal Internacional, pode ser considerado um “Código Penal” que apresenta a “Parte Especial” sistematizada e algumas normas esparsas de aplicação geral, o que, por si só, já apresenta um dificultador à eficácia das tipificações nele contidas.

Segundo a teoria clássica de crime, adotada no Direito Continental, crime é fato típico, ilícito e culpável. Dessa forma, só se pode ser autor, ou seja, responsabilizado penalmente, quando se preenche esse três requisitos. Entretanto, o Estatuto de Roma, em sua criação, foi fortemente influenciado pela doutrina anglo-saxã, sendo possível aferir apenas dois desses elementos no corpo do texto normativo, a saber: *mens rea* (elemento subjetivo) e *actus reus* (elemento objetivo).

Posto isso, cabe ressaltar que, para a teoria clássica, autor é aquele que por si mesmo ou por meio de alguém executa o núcleo do tipo penal (FELICIANO, 2006). Sendo a primeira hipótese demonstração de autoria direta e a segunda autoria mediata.

No Estatuto, o art. 25 traz as hipóteses de responsabilidade criminal individual, aduzindo, em seu § 3º:

5 “Atrasos ao longo do processo, bem como as alegadas violações dos direitos de Bemba a privilégios, imunidades, privacidade e publicidade, que constituem em fator atenuante” (tradução nossa).

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;
- b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa (BRASIL, 2002).

Por certo, é possível aferir, a partir da primeira parte da alínea “a”, e na alínea “b”, a hipótese de autoria direta, enquanto na segunda parte da alínea “a” “por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável” (BRASIL, 2002), a hipótese de autoria mediata. Também, nesse artigo, em suas outras alíneas, existe as hipóteses de participação⁶:

2.1. Da omissão

Os *core crimes* previstos no Estatuto de Roma podem ser cometidos por meio de uma ação, necessidade de uma conduta comissiva pelo agente, ou por omissão, esta pode ser própria – a violação de um dever genérico de cuidado que cabe a qualquer indivíduo –, ou imprópria – a violação decorre de um dever objetivo de cuidado decorrente da posição em que se encontra o agente. Segundo Monreal (1984), esse agente “atende a um seletivo e imperativo dever de agir (jurídico) que se exige da assunção à prevenção de um risco. É dizer, que implica a subjetiva exigência de resguardar bens jurídicos amparados por uma norma proibitiva” (MONREAL, 1984, p. 136).

Desse modo, é possível concluir que o Direito Internacional Penal é composto por normas que proíbem condutas e normas que exigem condutas de diligência, como bem elucida Alonso (2013, p. 738):

El derecho penal internacional no sólo está compuesto por normas que prohiben ciertas conductas, sino también por normas que ordenan llevar a cabo ciertas acciones, como, por ejemplo, aquella dirigida a los superiores imponiéndoles el deber de tomar todas las medidas necesarias y razonables a su disposición para evitar la comisión por sus subordinados de genocidio, delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra⁷.

6 A participação se configura quando um indivíduo não realiza o núcleo do tipo penal, mas de alguma maneira concorre para a consumação do crime (CAPEZ, 2003). A participação, presente no art. 25 (3)(c) é um tema controverso no âmbito do Estatuto de Roma, pois, segundo Ambos (2000), não foram estabelecidos os requisitos mínimos para sua delimitação no caso concreto – cabendo, com isso, à jurisprudência o pacificar.

7 O direito penal internacional não é composto apenas por normas que proíbem certas condutas, mas também por normas que ordenam a realização de determinadas ações, como as dirigidas aos superiores, impondo-lhes o dever

Portanto, é possível depreender que “o crime omissivo impróprio também chamado de comissivo por omissão, traduz no seu cerne a não execução de uma atividade predeterminada juridicamente exigida do agente” (WESSELS, 1976). Entretanto, para que este último se concretize, é necessário que aquele que se omitiu esteja na posição de garantidor, ou seja, segundo Monreal (1984, p. 136), “está em posição de garantia todo aquele que carrega uma obrigação de impedir um resultado antijurídico”.

A hipótese daqueles que podem ser imputados por crimes cometidos por omissão estão previstos no art. 28, em especial na alínea “a”, sendo eles:

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal (BRASIL, 2002).

Dessa forma, aquele que tem controle sobre um grupo de pessoas, seja ele militar ou civil, tendo o efetivo poder e o dever de agir para impedir que a conduta antijurídica aconteça, deve ser responsabilizado caso esta venha realmente a se concretizar. Atua, pois, o superior hierárquico, nestas hipóteses, como garantidor de seus subordinados, respondendo este pelo resultado dos crimes cometidos por aqueles que se encontravam abaixo na linha de comando. Fato este que não isenta de responsabilidade aquele que executa o núcleo do tipo, conforme o art. 33 do Estatuto de Roma (BRASIL, 2002).

A disposição acima não conflita com o que aduz o art. 30 do Estatuto de Roma, que explicita a imprescindibilidade da vontade (*mens rea*) de cometer o ato ilícito. Uma vez que o garantidor será responsável pela ação que não impediu,

de tomar todas as medidas necessárias e razoáveis à sua disposição para evitar a comissão por seus subordinados de genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra (tradução nossa).

mas que era possível de prever e que teria lugar em uma ordem normal dos acontecimentos, caso se omitisse.

Com isso estabelecido, passe-se ao estudo dos conceitos de autoria e crime comissivo por omissão à luz da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, averiguando se a interpretação dada por esse tribunal se assemelha às aqui apresentadas.

3 A figura da autoria no caso Bemba

A partir de agora, pretende-se buscar, tanto na primeira sentença quanto na decisão recursal do Caso Bemba, elementos que possibilitem a verificação de um conceito de “parte geral”, a figura da autoria e dos crimes comissivos por omissão.

3.1 Decisão em primeira instância

Em 26 de março de 2016, Bemba foi unanimemente condenado pela Câmara de Julgamento III (ICC, 2016, p. 4), pelos crimes omissivos impróprios, art. 28(a), nos tipos de: homicídio como crime contra a humanidade, art. 7(1)(a); homicídio como crime de guerra, art. 8(2)(c)(i); estupro como crime contra a humanidade, art. 7(1)(g); estupro como crime de guerra, art. 8(2)(e)(vi)(v); e pilhagem como crime de guerra, art. 8(2)(e)(v).

Da decisão em primeira instância, é possível extrair algumas informações que possibilitam a construção do que se denomina “parte geral” dos crimes comissivos por omissão. Acerca destes, analisaremos os elementos subjetivo e objetivo, além da teoria aparentemente adotada pelo Tribunal para que a responsabilização de Bemba fosse efetivada.

O elemento subjetivo do tipo, descrito no estatuto de Roma, no art. 30 como “elemento psicológico”, é o desejo do agente em atingir determinado resultado por meio de sua ação e ciência dos resultados que decorrerão da atitude tomada. Com relação à intenção de cometer o tipo penal, o Estatuto esclarece que assim age quem se tenciona a agir e se propõe a causar o efeito danoso, ou sabe que a partir de sua conduta esse efeito se concretizará (BRASIL, 2002).

O elemento objetivo, segundo a Teoria Finalista de Welzel (2001), é o aspecto físico da conduta que deve ser determinada para o fim delituoso, configurando-se nos crimes omissivos com a não realização da conduta finalista, que o agente poderia realizar no caso concreto para evitar o crime.

Nos crimes omissivos impróprios, é necessário os requisitos acima para que ele possa ser analisado pelo Tribunal, ou seja, o superior hierárquico deve ter desejo

ou conhecimento de que sua inação possibilitará que o resultado descrito no tipo seja atingido. Além disso, é necessário que tenha sob seu poder a capacidade de impedir que esses delitos sejam cometidos. Feito isso, torna-se possível perscrutar a análise feita pelo Tribunal.

Na sentença proferida pelo TPI, ficou claro aos juízes o conhecimento do acusado acerca dos delitos cometidos por suas tropas, e que sobre esses crimes tinha completa autoridade e controle, podendo assim impedir que fossem realizados, como é possível observar no seguinte trecho:

*Over the course of approximately four and a half months, Mr Bemba had consistent information of crimes committed by MLC soldiers in the CAR, over which he had ultimate, effective authority and control. Such authority extended to logistics, communications, military operations and strategy, and discipline*⁸ (ICC, 2016, p. 12).

Além disso, nessa sentença foi firmado entendimento pela Corte de que os superiores hierárquicos podem ter completo controle sobre suas tropas, mesmo não estando presentes no local onde os crimes foram realizados, quando recebem ou solicitam informações, ou seja, para a concretização dos crimes comissivos por omissão por superiores hierárquicos, sua presença enquanto os delitos são cometidos não é um requisito, como é demonstrado em:

*Although not physically present, Mr Bemba maintained a constant, remote presence, requiring and receiving regular, if not daily, reports and affirmatively exercising his authority, including by taking the most important decisions, such as to commit MLC troops to the CAR and withdraw them*⁹ (ICC, 2016, p. 30-31).

Um aspecto controverso da sentença tem a ver com o fato de que o acusado tomou medidas comprovadas para reprimir a atividade criminosa de seus subordinados, como duas missões à República Centro-Africana. Ademais, Bemba realizou treinamento com suas tropas e estabeleceu, durante a operação, um sistema disciplinador-judicial regido por um código de conduta (ICC, 2016).

Dessa maneira, os representantes de Bemba alegaram que o acusado fez, em tese, tudo aquilo que estava ao seu alcance para impedir que o resultado do tipo praticado pelos seus subordinados se concretizasse. Essa hipótese configura-se condicionante da “possibilidade individual da ação”, ou seja, a capacidade de

8 Ao longo de aproximadamente quatro meses e meio, o Sr. Bemba teve informações consistentes sobre crimes cometidos por soldados da MLC no RCA, sobre os quais ele tinha autoridade e controle finais e eficazes. Essa autoridade se estendia a logística, comunicações, operações e estratégias militares e disciplina (tradução nossa).

9 Embora não esteja fisicamente presente, o Sr. Bemba manteve uma presença constante e remota, exigindo e recebendo relatórios regulares, se não diariamente, e exercendo afirmativamente sua autoridade, inclusive tomando as decisões mais importantes, como enviar tropas da MLC ao RCA e retirá-las (tradução nossa).

se omitir pode ser aferida até o limite daquilo que realmente se podia fazer para evitar que o resultado se concretizasse. Sobre isso, Costa Jr. (1982) aduz que “é tão somente o domínio do fato, concretamente possível de uma pessoa, que converte um não fazer em omissão”. Com isso, entende-se que é possível se omitir apenas naquilo que seria possível realizar.

Não obstante, essa condicionante não foi acatada pelo Tribunal, que afirmou que as providências tomadas pelo acusado não servem para mitigar a sentença imputada. Os juízes entenderam que outras medidas razoáveis e imprescindíveis estavam à disposição do comandante, e teriam, se não impedido o cometimento dos crimes, ao menos eliminado o sentimento de aquiescência e facilitação em torno de sua prática, como demonstra o trecho a seguir (ICC, 2016, p. 31):

Mr Bemba did not genuinely intend to take all necessary and reasonable measures within his material ability to prevent or repress the commission of crimes, as was his duty; rather his key intention was to counter public allegations and rehabilitate the public image of the MLC¹⁰.

Além disso, o Tribunal entendeu que o Sr. Bemba não apenas tolerou que os crimes fossem realizados, mas também encorajou, por meio de suas ações pouco efetivas, que esses delitos continuassem a acontecer (ICC, 2016). Isso pode ser averiguado nas seguintes disposições (ICC, 2016, p. 32-33):

Accordingly, he did more than tolerate the crimes as a commander. Mr Bemba's failure to take action (i) was deliberately aimed at encouraging the attack directed against the civilian population of which the crimes formed part, and (ii) directly contributed to the continuation and further commission of crimes¹¹.

[...]

Mr Bemba repeatedly failed to take genuine and adequate measures to prevent and repress the crimes and submit the matter to the competent authorities¹².

Diante disso, pode-se extrair dessa parte do julgado que a condicionante da “possibilidade individual da ação” não foi acolhida e que mesmo com ações repressivas, se não eficazes para impedir o resultado, os comandantes serão responsabilizados.

10 O Sr. Bemba não pretendia genuinamente tomar todas as medidas necessárias e razoáveis dentro de sua capacidade material de impedir ou reprimir a prática de crimes, como era seu dever; antes, sua principal intenção era combater as alegações públicas e reabilitar a imagem pública da MLC (tradução nossa).

11 Consequentemente, ele fez mais do que tolerar os crimes como comandante. O fracasso de Bemba em tomar uma ação: i) foi deliberadamente destinado a incentivar o ataque dirigido contra a população civil da qual os crimes faziam parte; e ii) contribuiu diretamente para a continuação e a posterior prática de crimes (tradução nossa).

12 O Sr. Bemba repetidamente não tomou medidas genuínas e adequadas para prevenir e reprimir os crimes, nem apresentou o caso às autoridades competentes (tradução nossa).

Com base nessas considerações, é possível perceber a partir desse julgado duas informações importantes para a melhor concretização da Parte Geral do Direito Penal Internacional: a) a presença do superior hierárquico junto às tropas não configura requisito do tipo penal, podendo o crime omissivo impróprio ser realizado “a distância”; e b) a não aplicação de condicionantes, ou seja, mitigações ao superior hierárquico, que apesar de tomar medidas, estas se mostraram ineficazes para impedir a ocorrência dos delitos.

3.2 Decisão em grau recursal

O Tribunal Penal Internacional expõe no art. 84(1) do seu Estatuto os motivos sustentados para que os interessados¹³ peçam a revisão da sentença penal condenatória, sendo estes:

O condenado ou, se este tiver falecido, o cônjuge sobrevivido, os filhos, os pais ou qualquer pessoa que, em vida do condenado, dele tenha recebido incumbência expressa, por escrito, nesse sentido, ou o Procurador no seu interesse, poderá submeter ao Juízo de Recursos um requerimento solicitando a revisão da sentença condenatória ou da pena pelos seguintes motivos:

- a) A descoberta de novos elementos de prova:

 - i) De que não dispunha ao tempo do julgamento, sem que essa circunstância pudesse ser imputada, no todo ou em parte, ao requerente; e
 - ii) De tal forma importantes que, se tivessem ficado provados no julgamento, teriam provavelmente conduzido a um veredicto diferente;

- b) A descoberta de que elementos de prova, apreciados no julgamento e decisivos para a determinação da culpa, eram falsos ou tinham sido objeto de contrafação ou falsificação;
- c) Um ou vários dos juízes que intervieram na sentença condenatória ou confirmaram a acusação hajam praticado atos de conduta reprovável ou de incumprimento dos respectivos deveres de tal forma graves que justifiquem a sua cessação de funções nos termos do art. 46 (BRASIL, 2002).

¹³ Entende-se como interessados para pedir a revisão da sentença os indivíduos descritos no art. 81 do Estatuto, quais sejam: I. A sentença proferida nos termos do art. 74 é recorrível em conformidade com o disposto no Regulamento Processual nos seguintes termos: a) O Procurador poderá interpor recurso com base em um dos seguintes fundamentos: i) Vício processual; ii) Erro de fato; ou iii) Erro de direito; b) O condenado ou o Procurador, no interesse daquele, poderá interpor recurso com base em um dos seguintes fundamentos: i) Vício processual; ii) Erro de fato; iii) Erro de direito; ou iv) Qualquer outro motivo suscetível de afetar a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença (tradução nossa).

No segundo item desse mesmo artigo, é demonstrado que é de responsabilidade da Câmara Recursal avaliar o pedido e rejeitá-lo caso o considere manifestamente infundado. No entanto, caso o entenda pertinente, poderá convocar novamente o juízo que proferiu a sentença aparentemente incorreta, constituir outra Câmara de Julgamento em Primeira Instância ou entender-se competente para conhecer a causa e determinar se haverá revisão na sentença, após ouvidas as partes como disposto no Regulamento Processual da Corte (BRASIL, 2002).

No presente caso, a Câmara Recursal entendeu-se competente para decidir acerca da revisão da sentença. Com base no art. 83(2) do Estatuto, pois “*finds that the proceedings appealed from were unfair in a way that affected the reliability of the decision or sentence, or that then decision or sentence appealed from was materially affected by error of fact or law or procedural error*”¹⁴, ou seja, observou-se convencida com relação a dúvidas sobre as constatações feitas e dos termos de evidência quanto a justificativa da sentença proferida, que poderiam prejudicar a confiabilidade da decisão. Isso decorreu do entendimento de que a Câmara de Recursal deve derrubar as descobertas as quais possam ser colocadas sobre questionamentos (ICC, 2018).

Segundo a decisão recursal proferida, basta ao acusado a identificação de possíveis imprecisões acerca das constatações feitas pela Câmara de Julgamento para se tornar imperativo a revisão desta, não sendo vinculado o raciocínio adotado anteriormente acerca das evidências disponíveis (ICC, 2018).

No pedido de revisão de sentença feito pelos representantes de Jean-Pierre Bemba, foram invocados seis principais fundamentos para sua aceitação pela Câmara Recursal, a saber (ICC, 2018, p. 10):

*i) that this was a mistrial (Ground 1); ii) that the conviction exceeded the charges (Ground 2); iii) that Mr Bemba is not liable as a superior (Ground 3); iv) that the contextual elements were not established (Ground 4); v) that the Trial Chamber erred in its approach to identification evidence (Ground 5); and vi) that other procedural errors invalidated the conviction (Ground 6)*¹⁵.

Para a melhor conexão da presente pesquisa, é necessário um aprofundamento no terceiro fundamento, que corresponde ao fato de que a responsabilização do acusado não pode decorrer de sua posição como superior hierárquico. Para que essa discordância fosse arguida, a defesa baseou-se nas seguintes justificativas (ICC, 2018, p. 10-11):

¹⁴ Considera que o processo recorrido foi injusto de maneira a afetar a confiabilidade da decisão ou sentença, ou que a decisão ou sentença recorrida foi materialmente afetada por erro de fato, lei ou erro processual.

¹⁵ i) que isso foi um julgamento (Fundamento 1); ii) que a condenação excedeu as acusações (Fundamento 2); iii) que o Sr. Bemba não é responsável como superior (Fundamento 3); iv) que os elementos contextuais não foram estabelecidos (Fundamento 4); v) que a Câmara de Julgamentos cometeu um erro ao abordar as evidências de identificação (Fundamento 5); e vi) que outros erros processuais invalidaram a condenação (Fundamento 6) (tradução nossa).

Mr Bemba submits that the Trial Chamber erred in: i) finding that he had effective control over the MLC troops in the CAR; ii) dismissing and ignoring evidence relevant to that question; iii) finding that he had actual knowledge of MLC crimes; iv) finding that he did not take all necessary and reasonable measures; and, further, v) finding that the causation requirement had been established¹⁶.

Acerca de sua responsabilização como superior hierárquico, a Câmara de Apelação entendeu de maneira divergente daquilo estabelecido na sentença de primeira instância. Nessa revisão, foi adotado um entendimento diferente acerca do conceito de “*all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission*”¹⁷ presente no art. 28(b)(III) do Estatuto de Roma (BRASIL, 2002).

No presente caso, a Câmara Recursal entendeu que o comandante deve considerar a proporcionalidade e a viabilidade das medidas que pode adotar para impedir os atos criminosos não sendo necessário o emprego de todas as medidas caso entenda que adoção destas prejudicará, ainda mais, a situação no caso concreto, uma vez que o art. 28 exige que os comandantes façam aquilo que é necessário e razoável, não que pratiquem todas as medidas possíveis (ICC, 2018).

Para que seja verificada a razoabilidade, a Câmara Recursal entendeu que parâmetros diversos devem ser adotados, como a viabilidade operacional do terreno, por exemplo. Indicando que o comandante tem permissão, ao decidir quais medidas tomar, para fazer uma análise custo/benefício, ou seja, para reprimir o comportamento criminoso, ele pode escolher aquela que entende menos perturbadora, desde que esta possa, em tese, reprimir os crimes (ICC, 2018).

Criticando a fundamentação usada para a condenação do Sr. Bemba, os juízes recursais entenderam problemática a listagem de medidas abstratas, as quais o comandante poderia hipoteticamente ter tomado na época dos fatos. Consolidando o entendimento de que cabe à Câmara de Julgamento demonstrar que este não tomou medidas específicas e concretas disponíveis, que seriam razoavelmente tomadas por outro na mesma posição. Essa assertiva pode ser demonstrada pela seguinte frase retirada da sentença recursal: “*It is not the responsibility of the accused to show that the measures he or she did take were sufficient*”¹⁸ (ICC, 2018, p. 67).

Sendo assim, pode-se considerar que a nova sentença adotou o entendimento de que a efetividade não é requisito para considerar que o Superior tomou as

¹⁶ O Sr. Bemba alega que a Câmara de Julgamentos cometeu um erro: i) constatando que ele tinha controle efetivo sobre as tropas da MLC no RCA; ii) descartando e ignorando evidências relevantes para essa questão; iii) constatando que ele tinha conhecimento real dos crimes da MLC; iv) constatando que ele não tomou todas as medidas necessárias e razoáveis; e, além disso, v) constatando que o requisito de causa havia sido estabelecido (tradução nossa).

¹⁷ Todas as medidas necessárias e razoáveis ao seu alcance para prevenir ou reprimir sua comissão (tradução nossa).

¹⁸ Não é responsabilidade do acusado mostrar que as medidas que ele tomou foram suficientes (tradução nossa).

medidas necessária, ou seja, que eventual condenação por crimes omissivos impróprios deve observar se o garantidor fez o que estava em seu alcance, independentemente de sua efetividade.

De maneira sintética, o resultado danoso ao bem jurídico tutelado só pode ser imputado à inação do garantidor se, de fato, uma das ações que, em teoria, poderia ter tomado, evitaria tal dano (STRATENWERTH, 2005, p. 479; KAUFMANN, 2006, p. 116).

Nesse sentido, a figura do doutrinador argentino Enrique Bacigalupo (2005, p. 188), também se externaliza ao afirmar que não se pode punir quando o garantidor fez a tentativa de impedir que se concretizasse o delito:

*En conclusión, resulta imposible concebir una aplicación del concepto de tentativa a los delitos improprios de omisión, tanto a los propios de omisión. Lo impiden las especiales características del contenido de disvalor de la acción en la forma más grave y la imposibilidad de determinar el principio de ejecución*¹⁹ (BACIGALUPO, 2005).

Para a Câmara recursal, os juízes de primeira instância não consideraram o viável e o possível, para Bemba, nas condições fáticas que se encontrava. Essa posição, conforme apresentado, detém respaldo tanto na literatura doméstica quanto na internacional.

Outra consideração importante refere-se ao entendimento divergente quanto a distância geográfica de Bemba e sua possibilidade de ação considerando tal peculiaridade. Aquilo que se pode extrair da primeira sentença nesse sentido e já abordado na seção 3.1 é que a presença do superior hierárquico junto às tropas não configura requisito do tipo penal, podendo o crime omissivo impróprio ser realizado “a distância”, isso não é refutado pela sentença recursal. Entretanto, o nível de valoração no caso concreto é tão desmedido que merece algumas considerações.

Para a Câmara Recursal, o elemento da distância entre o superior e suas tropas não foi devidamente avaliado pelos juízes de primeira instância, o que resultou em agravamento desmedido da pena aplicada ao acusado, como é possível perceber no seguinte trechos (ICC, 2018, p. 68-69):

Nevertheless, while the Trial Chamber's finding in this respect has to be read alongside its earlier findings as to the extensiveness of Mr Bemba's control over the MLC forces in the CAR, the Trial Chamber paid insufficient attention to the fact that the MLC troops were

¹⁹ Em conclusão, os resultados impossíveis podem ser considerados aplicação do conceito de tentativa de deleção de omissões, tanto quanto a proposição de omissão. Impedir os recursos especiais do conteúdo de desvalorização da ação na forma mais grave e a impossibilidade de determinar o princípio de execução (tradução nossa).

operating in a foreign country with the attendant difficulties on Mr Bemba's ability, as a remote commander, to take measures²⁰.

[...]

Thus, although the limitations alluded to by Mr Bemba did not completely curtail his ability to investigate crimes committed by MLC troops in the CAR, the Trial Chamber did not conduct a proper assessment as to whether, in the particular circumstances that existed at the time, the range of measures taken by Mr Bemba could be regarded as the extent of the necessary and reasonable measures that he could have taken, given the limitations upon his material abilities²¹.

Portanto, entende-se que apesar de não considerar a proximidade elemento do tipo, a Câmara Recursal concebe tal fato como circunstância muito mais determinante do que a adotada pela Câmara de Julgamento de primeira instância, aduzindo, com isso, outra diferença entre as conclusões proferidas.

Posto isso, percebe-se que a posição adotada pela Câmara Recursal se contrapõe aos apontamentos feitos na sentença de primeira instância. Foi entendido na seção anterior (3.1) que o superior hierárquico, apesar de tomar medidas, não terá sua pena mitigada se estas se mostraram ineficazes para impedir a ocorrência dos delitos. No entanto, a partir da análise da sentença recursal, obteve-se nova perspectiva sobre tal afirmativa, uma vez que considerou que as medidas tomadas não precisam ser efetivas, apenas razoáveis e necessárias.

Além disso, é perceptível a mudança na valoração dos elementos do caso concreto, tendo em vista que na primeira sentença pouca importância se deu ao fato de o comandante não estar no mesmo território que seus subordinados, interpretando viável a verificação apenas da manutenção do controle efetivo. Em grau recursal, no entanto, a distância entre Bemba e suas tropas foi fator determinante para entender que suas medidas foram razoáveis para mitigar aquilo que se esperava das atitudes do comandante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sentença do Tribunal Penal Internacional que, em 2016, condenou Jean-Pierre Bemba a 18 anos de prisão, por unanimidade, foi levada a recurso, nos

20 No entanto, embora a constatação da Câmara de Julgamento a esse respeito deva ser lida juntamente com suas descobertas anteriores sobre a extensividade do controle do Sr. Bemba sobre as forças da MLC no RCA, a Câmara de Julgamento prestou pouca atenção ao fato de que as tropas da MLC estavam operando em um país estrangeiro com dificuldades decorrentes da capacidade de Bemba, como comandante remoto, de tomar medidas (tradução nossa).

21 Portanto, embora as limitações mencionadas pelo Sr. Bemba não tenham reduzido completamente sua capacidade de investigar crimes cometidos por tropas da MLC na RCA, a Câmara de Julgamento não conduziu uma avaliação adequada quanto ao leque de medidas adotados por Bemba, considerando se as circunstâncias particulares existentes na época poderiam ser consideradas medidas necessárias e razoáveis, dadas as limitações de suas habilidades materiais (tradução nossa).

usos das atribuições do art. 81 do Estatuto de Roma (BRASIL, 2002). A Câmara Recursal, por sua vez, decidiu pela absolvição do acusado por constatar erros graves na primeira sentença.

Em que pese a decisão em primeira instância levar em consideração a atuação de Bemba, enquanto comandante militar e com efetivo comando das tropas do Movimento de Libertação do Congo (MLC), apesar de não se encontrar no local em que foram cometidos os crimes, este foi criminalmente responsável, nos termos do art. 28(a) do Estatuto de Roma, por crimes de guerra e crimes contra a humanidade nas modalidades de homicídio, estupro e pilhagem.

O contraponto aludido pela Câmara Recursal, que é base para as conjecturas do presente estudo, remete à falta de taxatividade das alegações imputadas a Bemba e à não avaliação, pela Primeira Câmara de julgamento, de provas que demonstram a incapacidade fática de Bemba para impedir, prevenir e punir seus subordinados pelas práticas dos crimes praticados na República Centro-Africana.

Em análise do recurso, a Segunda Câmara de julgamento se posicionou no sentido de Bemba ter tomado as medidas razoáveis e necessárias, ainda que houvesse outras cabíveis, e criticou a decisão da Primeira Câmara ao listar outras medidas razoáveis e imprescindíveis que estavam à disposição do comandante, alegando abstração nas medidas pontuadas. O que de fato ocorreu, em recuso, foi o fortalecimento do poder decisório do réu para ditar a relação custo-benefício cabível ao caso concreto sem que este, sequer, precise provar a efetividade do seu ato. Ao proferir sua decisão, imputando a Bemba uma obrigação de meio e não de resultado, a Câmara Recursal desconstrói a figura do garante, típica do art. 28 do Estatuto de Roma.

Além disso, o recurso ainda se dedica à avaliação do requisito da distância, desconstruindo a continuidade de um vínculo fático entre comandante e subordinados, firmado em primeira instância. Alega-se, como visto, que a distância entre comandante e o local em que os crimes ocorreram acarreta comprometimento do controle efetivo, ademais pelas práticas criminosas terem ocorrido fora do território congolense. Entretanto, já restou claro que a presença enquanto os delitos são cometidos não é um requisito do tipo penal ora em estudo e que, ainda assim, Bemba mantinha um fluxo constante de informações que comprovam a comunicação passível de manter o controle efetivo, mesmo distante.

A partir das considerações e dada a sentença em primeira instância, nota-se que há concretização da Parte Geral do Direito Penal Internacional, possibilitando inferir que: a) a presença do superior hierárquico junto às tropas não configura requisito do tipo penal, sendo possível, portanto, que o crime omissivo impróprio seja realizado mesmo “a distância”; e b) não há aplicação de condicionantes, ou seja,

não há mitigações ao superior hierárquico que empreende medidas que resultam ineficazes para impedir a ocorrência dos delitos. Em contrapartida, percebe-se que a Câmara Recursal se contrapõe aos apontamentos progressistas feitos na sentença de primeira instância. Infere-se, a partir do recurso, que: a) a distância entre comandante e subordinados importa comprometimento do controle efetivo; e b) as medidas tomadas pelo comandante não precisam ser efetivas, apenas razoáveis e necessárias.

Dessa maneira, quando contrapostas, as decisões em primeira e segunda instâncias demonstram, respectivamente, que na primeira o Tribunal progredia quanto à consolidação dos elementos necessários para solidificar a figura do crime comissivo por omissão, efetivando, assim, os direitos humanos e cumprindo com seu objetivo basilar de trazer segurança jurídica permanente com relação a condutas graves contra a pessoa humana, dentro do sistema internacional, em matéria penal. Já na segunda instância, o Tribunal rediscute a sentença no tocante à posição de Bemba enquanto comandante e a reinterpreta de maneira contrária, configurando verdadeiro retrocesso dos avanços em direção à consolidação de uma parte geral do Direito Internacional Penal e, por certo, representa uma perda substancial às garantias fundamentais de efetivação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ALONSO, H. O. *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*: en homenaje al prof. Augusto Ramírez Ocampo. Valencia: Tirant lo Blanc, 2013.
- AMBOS, K. Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.
- BACIGALUPO, E. *Delitos improprios de omisión*. 2. ed. Madrid: Dikinson, 2005.
- BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.
- CAPEZ, F. *Curso de direito penal*: parte geral, v. 1. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 315.
- COSTA JR., H. Teorias acerca da omissão. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 60-73, jan./jun. 1982.

FELICIANO, G. G. Autoria e participação delitiva: da teoria do domínio do fato à teoria da imputação objetiva. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, Brasília, DF, v. 1, n. 2, out. 2006.

ICC – INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Trial Chamber III. *Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Public with annexes I and II. Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute. Haia: ICC, 21 jun. 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_04476.PDF. Acesso em: 10 ago. 2022.

ICC – INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Appeals Chamber. *Situation in The Central African Republic in the case of the prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute". Haia: ICC, 8 jun. 2018. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF. Acesso em: 29 out. 2022.

KAUFMANN, A. *Dogmática de los delitos de omisión*. (Trad. da 2. ed. alemã por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo). Madrid: Marcial Pons, 2006.

MONREAL, E. N. *Fundamentos de los Delitos de Omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

PROFILE: Jean-Pierre Bemba, DR Congo's ex-rebel and vice-president. *BBC*, 8 jun. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-africa-35845556>. Acesso em: 10 ago. 2022.

REISS, M. W. *Tribunal penal internacional: construindo o Direito Internacional Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SALEH, M.; ROCHA, A. Jean-Pierre Bemba condenado a 18 anos de prisão pelo Tribunal Penal Internacional. *Made for Minds*, 21 jun. 2016. Disponível em: <https://p.dw.com/p/1JApO>. Acesso em: 10 ago. 2022.

STRATENWERTH, G. *Derecho penal: parte general (el hecho punible)*. Trad. da 4. ed. alemã por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

WESSELS, J. *Direito Penal, Parte geral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WELZEL, H. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.