

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: DAS ORIGENS AO CASO LUBANGA

CLARISSA TOSHIE DE ALCÂNTARA TAMBA

Rio de Janeiro

2022

CLARISSA TOSHIE DE ALCÂNTARA TAMBA

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: DAS ORIGENS AO CASO LUBANGA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dr.^a Carolina Araujo de Azevedo Pizoeiro Gerolimich.**

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

T154t Tamba, Clarissa Toshie de Alcântara
Tribunal Penal Internacional: das origens ao
Caso Lubanga / Clarissa Toshie de Alcântara Tamba. -
Rio de Janeiro, 2022.
60 f.

Orientadora: Carolina Araujo de Azevedo Pizoeiro
Gerolimich.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Tribunal Penal Internacional. 2. Caso Thomas
Lubanga. 3. Estatuto de Roma. 4. Tribunais ad hoc .
I. Gerolimich, Carolina Araujo de Azevedo Pizoeiro,
orient. II. Título.

CLARISSA TOSHIE DE ALCÂNTARA TAMBA

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: DAS ORIGENS AO CASO LUBANGA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dr.^a Carolina Araujo de Azevedo Pizoeiro Gerolimich.**

Data da Aprovação __/__/__.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

AGRADECIMENTOS

A Deus, por nunca ter me abandonado.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional.

Aos meus amigos Liah e Rodolfo, que já se foram, mas que marcaram a minha vida.

À professora Carolina Pizoeiro, pela generosidade e paciência.

Ao meu conterrâneo Thales, que, de certa forma, me trouxe à FND.

RESUMO

O presente trabalho pretende realizar revisão bibliográfica e análise de documentos com propósito descritivo do Tribunal Penal Internacional (TPI), desde os antecedentes históricos que levaram a sua criação até a condenação de Thomas Lubanga. Para isso, utiliza-se do método dedutivo para, por meio da reunião de informações, construir uma pesquisa sobre os elementos que levaram às condições favoráveis ao estabelecimento do Tribunal, sua lógica de funcionamento e como se deu o julgamento de seu primeiro caso. Esse estudo compilatório importa para compreender a concepção do TPI, órgão de extrema relevância para o Direito Internacional Público e, fundamentalmente, o foco do Direito Internacional Penal, seus princípios norteadores e jurisdição, como se deu o julgamento por ele realizado, e, portanto, o que esperar de seu papel e contribuição para o Direito. A pesquisa demonstrou que os Tribunais *ad hoc* criados no século XX enfrentaram diversas restrições por parte da doutrina pela violação de princípios jurídicos. Com seu surgimento e o julgamento do caso Lubanga, o TPI foi exitoso em não repetir certos erros cometidos por seus antecessores, e mostrou dificuldades na obtenção de transparência entre as partes e na reunião de evidências.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional (TPI); Direito Internacional Penal; Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (TMIEO); Thomas Lubanga Dyilo; crianças-soldado; crimes de guerra.

ABSTRACT

The present paper intends to accomplish literature review and document analysis with descriptive purpose of the International Criminal Court (ICC), since the historical background which resulted in its creation up until the conviction of Thomas Lubanga. To that end, the deductive method is employed so as to, by means of the grouping of information, produce research on the elements which led to favorable conditions for the establishment of the Court, its way of functioning and the outcome of its first trial. Such a compilatory study aids to understand the conception of the ICC, an organ of extreme relevance to Public International Law and, fundamentally, the focus of International Criminal Law, its guiding principles and jurisdiction, the outcome of the trial it conducted and, therefore, what to hope of its role and contribution to Law. The research has shown that the *ad hoc* Tribunals created during the 20th century faced various restrictions from legal doctrine for the violation of legal principles. Upon its creation and the judging of the Lubanga case, the ICC was successful in not repeating certain mistakes made by its predecessors, and presented difficulty in obtaining transparency between parties and in collecting evidence.

KEYWORDS: International Criminal Court (ICC); International Criminal Law; International Military Tribunal at Nuremberg; International Military Tribunal for the Far East (IMTFE); Thomas Lubanga Dyilo; child soldiers; war crimes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APC	Armada Popular Congolesa
CIJ	Corte Internacional de Justiça
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	Direito Internacional Humanitário
FPLC	Forças Patrióticas para a Libertação do Congo
FRPI	Força de Resistência Patriótica em Ituri
MITP	Mecanismo Internacional das Nações Unidas para Tribunais Penais
ONU	Organização das Nações Unidas
PTC	Pre-Trial Chamber
TC1	Trial Chamber I
TC2	Trial Chamber II
TFV	Trust Fund for Victims
TMIEO	Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPII	Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional de Ruanda
UPC	União dos Patriotas Congoleses

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO INTERNACIONAL PENAL	10
2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO ESTABELECIMENTO DO TPI	13
2.1. Marcos iniciais	13
2.2. Direito Internacional Humanitário	14
2.3. Direito Internacional dos Direitos Humanos	16
2.4. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg	17
2.5. Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Tribunal de Tóquio) ...	19
2.6. Pós-julgamento dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio	20
2.6.1. Críticas.....	20
2.6.2. Eventos procedentes.....	23
2.7. Tribunais <i>ad hoc</i> para a antiga Iugoslávia e Ruanda	24
2.8. Final do século XX e início do século XXI	27
3 ESTATUTO DE ROMA E O ESTABELECIMENTO DO TPI	28
3.1. Estrutura do TPI	30
3.2. Princípios norteadores do TPI	30
3.3. Competência do TPI	32
4 PRIMEIRA SENTENÇA INTERNACIONAL DO TPI: CASO DE THOMAS LUBANGA	36
4.1. Linha do Tempo	38
4.1.1. O julgamento.....	40
4.2. Elementos jurídicos	42
4.3. Reparação às vítimas	54
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

Com a eclosão das grandes Guerras do século XX, o foco da comunidade internacional se voltou sobre a contemplação da condição humana perante a arbitrariedade do Estado e de seus dirigentes. Tentativas de remediar os gravíssimos danos humanos, já concretizados após o fim das Guerras, se deram com a criação da ONU e de Tribunais *ad hoc* para o julgamento de alemães e japoneses. Houve, assim, o começo da abdicação de um conceito de soberania dos Estados até então inquestionável em nome dos direitos humanos e da punição dos criminosos de guerra.

Esse seria, de forma efetiva, o primeiro antecedente considerável para a sucessão causal histórica que culminaria na criação do Tribunal Penal Internacional. Entretanto, os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, assim como os Tribunais *ad hoc* para Ruanda e a antiga Iugoslávia que vieram posteriormente, seriam alvo de severas críticas acerca da violação de princípios basilares do Direito — em especial, os princípios da Legalidade e da Irretroatividade.

Diante da necessidade de criação, portanto, de um Tribunal Internacional permanente com uma jurisdição fixa que pudesse incidir sobre crimes cometidos desde sua vigência, surge, por meio do Estatuto de Roma, o TPI. O primeiro caso a ser julgado por esse órgão seria o de Thomas Lubanga, líder político e comandante supremo de um grupo armado que atuava na República Democrática do Congo, tendo resultado em sua condenação em 2012.

O presente trabalho objetiva estudar os antecedentes históricos que levaram à criação do TPI, o Estatuto de Roma, a instauração propriamente dita do Tribunal e, por fim, o Caso Lubanga. Com isso, busca-se compilar informações para compor o conhecimento acerca do TPI, como um órgão de elevada relevância para a comunidade internacional, e identificar, entre marcos, explicações históricas, códigos, princípios e ritos processuais, o que esperar de sua atuação e o que se deu no seu primeiro julgado.

Para isso, utiliza-se de uma metodologia de pesquisa bibliográfica e documental básica. A escolha desse tipo de modelo metodológico se justifica na natureza informativa e compilatória do estudo, que tem como finalidade a reunião específica de conhecimentos sobre o tema, caracterizando-se mais como um estudo que busca explicações causal e consequential dentro de si mesmo que propriamente o desenvolvimento de uma tese inaugural. Quanto ao objetivo, portanto, tem-se uma pesquisa descritiva de abordagem qualitativa e método dedutivo, na medida em que, por meio da descrição meramente informacional dos fatos, procura-se partir de um contexto geral e abrangente, diga-se, a história do Direito Internacional Penal, dos direitos humanos e dos antecedentes do TPI, para o enfoque no Caso Lubanga.

No primeiro tópico, apresenta-se uma definição de Direito Internacional Penal, de forma a contextualizar a base para o trabalho e especificar a área estudada, diferenciando-a do Direito Penal Internacional. A respeito dos antecedentes, o trabalho busca passar num primeiro momento pelos primeiros registros do que se poderia considerar como jurisdição internacional e por outros eventos anteriores à Primeira Guerra. Em seguida, há uma breve conceituação do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, após a qual o texto prossegue para abordar a criação dos Tribunais *ad hoc* de Nuremberg e Tóquio, respectivamente, bem como os avanços e críticas que deles resultaram.

Enfim, o tema dos antecedentes se encerra após o relato e a breve análise dos eventos dos Tribunais *ad hoc* para Ruanda e antiga Iugoslávia e dos marcos históricos do final da década de 90 e começo do século XXI. Essa compilação histórica foi feita com vistas a contextualizar as origens do TPI, a necessidade de sua criação, os pilares para sua formação e funcionamento, bem como as circunstâncias que o levaram a assumir os princípios e componentes jurídicos que o compõem, de maneira a preparar o entendimento do processo que possibilitou sua primeira condenação com o Caso Lubanga.

Assim, tem início o estudo do Estatuto de Roma, seu estabelecimento e a criação do TPI. Examina-se, a partir de então, os princípios mais importantes que embasam o Estatuto e, portanto, norteiam o Tribunal, e os crimes sob sua jurisdição. Posteriormente, no estudo de caso do julgamento de Thomas Lubanga, o trabalho compõe uma linha do tempo dos acontecimentos

do curso do processo, dos elementos jurídicos, como dispositivos legais, testes e práticas, considerados para sua acusação, e os posicionamentos dissidentes dos juízes do Tribunal.

Por fim, relata-se as movimentações da Câmara para a reparação das vítimas. Dessa maneira, o texto busca explorar as bases do funcionamento de um Tribunal que, no curso esperado dos fatos, constituirá um amplo arcabouço histórico e jurisprudencial para o Direito Internacional. Nesse mesmo sentido, procura também realizar um aprofundamento inicial no primeiro julgado por ele produzido e que compõe desde já tal conteúdo.

1 O DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Termo cunhado por Jeremy Bentham em sua obra *An Introduction to the principles of Moral and Legislation* [1820]¹, o Direito Internacional Penal pode ser compreendido de maneira genérica “como um direito que protege bens supremos, como a paz e a dignidade do ser humano, regulando atos que violam a ordem pública internacional, por meio de infrações contra o Direito Internacional”.²

Para compreender este Direito, no entanto, é necessário fazer a distinção entre o Direito Internacional Penal propriamente dito, que regula os crimes considerados como de maior gravidade pela comunidade internacional, e o Direito Penal Internacional como direito penal interestatal.³ Essa diferenciação é a base para compreender como se separam dois direitos com objetos específicos de estudo⁴ totalmente diferentes e denominações tão discretamente distintas.

Insignes juristas instituíram em conjunto sociedades, desde o final do século XIX, para a discussão de temas relacionados à internacionalização do direito penal, sendo importante

¹ SILVA, Alexandre Pereira da. Direito internacional penal (direito penal internacional?): breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, n. 62, p. 53-83, jan./jun. 2013, p. 55.

² PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 98, p. 573-579, 2003, p. 573.

³ *Ibid.*, p. 574.

⁴ SILVA, 2013, p. 62.

mencionar a União Interparlamentar⁵, de 1889⁶; a União Internacional do Direito Penal, de 1889, que se dissolveu com o advento da Primeira Guerra; e sua sucessora, instituída em 1924⁷, a Associação Internacional de Direito Penal.⁸ Enfim, em 1925, na Conferência de Washington, definiu-se a elaboração de um código penal internacional.⁹

O Direito Penal Internacional abrange temas como a “aplicação da lei no espaço, extradição, cooperação penal internacional, proteção penal da sociedade internacional e dos bens jurídicos supranacionais”¹⁰, e é objeto de estudo tanto do Direito Internacional Público quando dos Direitos Penal e Internacional Privado.¹¹ Também entendido como direito penal interestatal, assim é por se referir à segurança dos Estados em contextos específicos, como nos casos de crimes como o terrorismo, o narcotráfico etc.¹²

Trata-se de uma concepção relacionada à tutela de crimes sob a jurisdição de leis internas, e não de tribunais internacionais, mas que possuem relevância nesse contexto pela grande capacidade de causar instabilidade na ordem pública internacional, como o caso dos atentados às torres gêmeas.¹³ Já o Direito Internacional Penal é um ramo do Direito Internacional Público que se relaciona com o direito penal tradicional.¹⁴

Apesar de ter por alicerces costumes e centenas de tratados internacionais celebrados desde 1815¹⁵, passa a se desenvolver em um ritmo muito mais intenso com o advento das Grandes Guerras do século XX. Assim, trata-se do ramo do Direito que tutela os crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e o crime de genocídio – que recaem

⁵ PARLAMENTO DO MERCOSUL. Parlamento Mercosur. União interparlamentar. Disponível em: <<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/17805/2/parlasur/uni%C3%A3o-interparlamentar.html>>.

⁶ SILVA, 2013, p. 62.

⁷ SILVA, Evandro Lins e. A associação internacional de direito penal. **IBCCRIM**, 2000. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/2705/>>.

⁸ SILVA, 2013, p. 61.

⁹ Ibid., p. 62.

¹⁰ Ibid., p. 63.

¹¹ Ibid., p. 63.

¹² PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 574.

¹³ Ibid., p. 574.

¹⁴ SILVA, 2013, p. 63.

¹⁵ Ibid., p. 63.

atualmente sob a competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), tendo sido matéria das jurisdições dos tribunais internacionais *ad hoc* precedentes.¹⁶

A existência desses Tribunais, por sinal, é um dos principais indicativos da verticalização do Direito Internacional Penal, a significar uma relação mais direta entre a comunidade internacional e o indivíduo.¹⁷ Inclusive, sob a ótica do potencial de perturbação e impacto internacionais carregado por alguns crimes tutelados pelo direito penal interestatal, debate-se a possibilidade de serem regulados de maneira equivalente àquela do Direito Internacional Penal, de forma a também serem submetidos a um tribunal internacional. Porém, para isso seria necessária a organização, condução e sanção do debate e seus resultados pelo Direito interno do Estado em pauta.¹⁸

Finalmente, está claro que Direito Interacional Penal possui uma relevância expressiva dentro do direito internacional como um todo em virtude da importância dos bens supremos os quais protege, como a paz e a dignidade dos seres humanos.¹⁹ Nota-se também como seu desenvolvimento foi motivado por acontecimentos violentos de larga escala que ainda maculam a memória recente da história.

Mas para além do propósito de não deixar que estes crimes passem impunes – e apesar da grande sensação de revolta que toma conta da sociedade internacional com as graves violações aos direitos humanos que comportam –, a própria razão de ser do Direito Penal Internacional, em primeiro lugar, deve ser a de compor, como nas palavras de Raizman, a “etapa final de uma pulsão interna ou externa de poder, que participa tanto na definição das hipóteses habilitadoras de atuação punitiva quanto, também, nas formas materiais de intervenção”.²⁰

¹⁶ PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 574.

¹⁷ SILVA, 2013, p. 58.

¹⁸ PERRONE-MOISÉS, *op. cit.*, p. 574.

¹⁹ *Ibid.*, p. 579.

²⁰ RAIZMAN, Daniel Andrés. O direito penal internacional. A necessidade de uma limitação discursiva. *In*: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Coord.). **Direito penal internacional, estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 35-54, p. 50.

Nesse sentido, Daniel Andrés Raizman ressalta a importância de uma comunicação construtiva entre os direitos humanos e as “novas redefinições de poder punitivo internacional”.²¹ O desafio passa a ser, assim, o de que os direitos fundamentais e a dignidade humana sejam garantidos, ao mesmo tempo em que o poder punitivo internacional em desenvolvimento permaneça equilibrado e contido.²²

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO ESTABELECIMENTO DO TPI

2.1. Marcos iniciais

Quanto aos primeiros antecedentes do estabelecimento de uma jurisdição penal internacional, tem-se que:

Quintano Ripollés, citado por Carlos Canêdo, lembra que a idéia de submeter pessoas responsáveis por condutas bélicas criminosas a um julgamento internacional surgiu com o Direito Natural medieval e renascentista em razão da existência do Pontificado como autoridade máxima estatal reconhecida, ainda que tal autoridade aplicasse sanções mais de ordem moral e espiritual.²³

Há ainda o registro, que data de 1474, de um tribunal internacional que se sediou em Breisach, na Alemanha e condenou Peter von Hagenbach por ter permitido às suas tropas o estupro e assassinato de civis inocentes e o saqueamento de propriedades.²⁴ Os 27 juízes do Sacro Império Romano-Germânico basearam seu julgamento no conceito de “violação às leis divinas e humanas”.²⁵ Em uma história muito mais recente, foi feita, em 1872, uma reclamação por um dos fundadores da Cruz Vermelha, Gustave Moynier, para a criação de um tribunal

²¹ RAIZMAN, 2007, p. 50.

²² Ibid., p. 50-51.

²³ SEGUCHI, Erika. Breves considerações sobre a situação do Japão no ano de 1945 e no período inicial do pós II Guerra Mundial, e a decisão dos aliados em criar o Tribunal Penal Internacional para o extremo oriente - TMIO (Tribunal de Tóquio). **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 11, n. 21, p. 65-92, 2011, p. 66.

²⁴ PIOVESAN, 2003, p. 148 apud SEGUCHI, 2011, p. 66-67.

²⁵ KUKINA, Sérgio Luiz. Apontamentos sobre o Tribunal Penal Internacional Permanente. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 48-59, abr./maio/jun. 2004, p. 49.

internacional para julgar crimes de guerra ocorridos entre 1870 e 1871 em um conflito franco-prussiano.²⁶

Ademais, apesar de não alcançar as proporções do Holocausto, o primeiro genocídio do século XX se deu entre 1915²⁷ e 1923²⁸ e ficou conhecido como Medz Yeghern, tendo resultado de uma política de Estado promovida pelo Império Turco-Otomano contra a população armênia.²⁹ Em meio a esse cenário, em 1920, houve a tentativa, por meio do Tratado de Sèvres, de fazer com que autoridades responsáveis pelo genocídio armênio em curso fossem entregues para julgamento.³⁰ No entanto, tal tentativa nunca foi concretizada em razão da anistia concedida aos turcos no tratado de paz de Lausanne, em 1923.³¹

No período entre guerras, sob a tutela da Sociedade das Nações, foi discutida pela primeira vez a ideia de uma Convenção para a criação de um tribunal penal internacional permanente.³² No entanto, a convenção, assinada em 1937, não obteve as ratificações necessárias.³³

2.2. Direito Internacional Humanitário

O Direito Internacional Humanitário (DIH), também chamado de Direito da Guerra ou Direito Internacional dos Conflitos Armados, corresponde a um

conjunto de normas internacionais de origem convencional e consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não

²⁶ FERNANDES, 2006, p. 126; MAZZUOLI, 2011, p. 39 apud VALÉRY, F. D.; MOREIRA, T. O. Justiça criminal em construção: o Tribunal Penal Internacional e o caso Lubanga. **Revista de Direito Brasileira**, v. 4, n. 3, p. 184-213, jan.-abr. 2013, p. 188.

²⁷ MATIOSSIAN, Vartan. Medz Yeghern, the Silenced Name: Language, Politics, and the Armenian Genocide. **International Journal of Armenian Genocide Studies**, Yerevan, v. 7, n. 1, p. 26-48, 2022, p. 31. Disponível em: <<http://agmipublications.am/index.php/ijags/article/view/61>>.

²⁸ Ibid., p. 34.

²⁹ Ibid., p. 43.

³⁰ VALÉRY; MOREIRA, 2013, p. 188.

³¹ Ibid., p. 188.

³² PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 575.

³³ Ibid., p. 575.

internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito de as partes, em conflito, escolherem livremente os métodos e os meios utilizados na guerra (Direito da Haia), ou que protege as pessoas e os bens afetados (Direito de Genebra).³⁴

O DIH, embora faça parte do Direito Internacional Público, possui autonomia de atuação pela peculiaridade de seu objeto de estudo e pela forte ligação com o conceito de dignidade da pessoa humana.³⁵ Manuais tradicionais de Direito Humanitário citam necessidade militar, humanidade e cortesia como seus princípios básicos, uma vez da noção imperante à época do surgimento desse direito de que o uso da força não era ilícito como instrumento da política.³⁶

O controle dos atos de guerra era conduzido até então pelo que se considerava honroso e civilizado no século XIX.³⁷ Ao logo do tempo, esse direito preservou esses princípios, embora com muito mais enfoque na necessidade militar e na humanidade.³⁸ Ainda hoje, a proteção humanitária deve ser aplicada em conflitos armados no geral, seja em contexto internacional ou de guerra civil, em benefício de militares retirados de função – por ferimento, doença, naufrágio, aprisionamento, entre outros – e do povo que possa ser afetado pelo conflito.³⁹

Assim, o DIH coexiste no contexto contemporâneo dos combates de forma onipresente, não só para deliberar sobre quando o uso da violência é tolerável, mas também como, ou seja, de que maneiras, por que meios, essa violência pode ser exercida.⁴⁰ Nessa perspectiva, seja em resoluções da ONU, em discursos políticos, em artigos de jornal ou memorandos diplomáticos, a despeito de contrastes culturais e de viés ideológico, as ideias humanitárias se repetem, ainda

³⁴ SWINARSKI, 1990, p. 31 apud GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 375.

³⁵ GUERRA, 2010, p. 372.

³⁶ DOSWALD-BECK, Louise; VITÉ, Sylvain. *International Humanitarian Law and Human Rights Law*. **International Review of the Red Cross**, Cambridge, v. 33, n. 293, p. 94-119, Apr. 1993, p. 95.

³⁷ *Ibid.*, p. 95.

³⁸ *Ibid.*, p. 98.

³⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 812.

⁴⁰ SASSÒLI, Marco; BOUVIER, Antoine A. **How does law protect in war?** cases, documents and teaching materials on contemporary practice in International Humanitarian Law. 2nd ed. Genebra: International Committee of the Red Cross, 2006. 3 v, p. 83.

que em noções simplificadas, como a de que “matar um combatente inimigo no campo de batalha e matar mulheres e crianças por pertencerem ao ‘inimigo’ não são atos equivalentes”.⁴¹

2.3. Direito Internacional dos Direitos Humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) se consolida com o fim da Segunda Guerra, a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e da ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, dando início à produção de inúmeros tratados internacionais para proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.⁴² Antes desse marco, esses direitos ficavam sob algumas jurisdições internas, como a inglesa de 1684, a americana de 1778 e a francesa de 1789, sem que adquirissem relevância internacional a não ser quando da ocorrência de uma guerra⁴³.

Ainda assim, segundo Mazzuoli, ao abordar o assunto do “até então incontestável e absoluto princípio da soberania”⁴⁴ dos Estados, os debates se dissipavam, de forma que temas como os direitos das minorias e da expressão política dentro dos territórios nacionais eram por ele ofuscados. A importância da DIDH é tamanha porquanto eleva a pessoa humana à contemplação efetiva do Direito Internacional – apesar de ser destinatária de diversas normas internacionais, para que possa ser sujeito de direitos de fato, é necessário que estes lhe sejam conferidos em conjunto com os meios e ações que o assegurem.⁴⁵

Desse modo, houve uma elevação da segurança desses direitos, pois que escapam da catividade das Constituições nacionais para serem uma constante do plano jurídico internacional.⁴⁶ De acordo com Bobbio⁴⁷, o problema dos direitos dos homens naquele momento da história não consistia em elaborar fundamentações, mas formas de protegê-los,

⁴¹ Ibid., p. 83: “(...) killing an enemy soldier on the battlefield and killing women and children because they belong to the ‘enemy’ are not equivalent acts.” (tradução nossa)

⁴² MAZZUOLI, 2011, p. 815.

⁴³ Ibid., p. 815.

⁴⁴ Ibid., p. 815.

⁴⁵ GUERRA, 2010, p. 451.

⁴⁶ Ibid., p. 452.

⁴⁷ BOBBIO, 1992, p. 25, apud GUERRA, 2010, p. 452.

não sendo assim uma questão filosófica, mas jurídica e política; uma questão de garantir que esses direitos não fossem violados.

Dessa forma, teve início o que se identifica como a fase legislativa dos direitos humanos sob a égide da ONU, com a codificação internacional para a tentativa de criar um vínculo mínimo das nações às disposições contidas no ato de criação da organização, motivada principalmente pelo entendimento do Estado como o maior violador desses princípios.⁴⁸ Uma das maiores críticas enfrentadas pela Declaração de 1948 se referia à sua natureza não obrigatória, ainda que seu estatuto superior tenha sido reconhecido pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) em 1980.⁴⁹

2.4. Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Segundo Tomuschat, havia um histórico antigo de permissão do Direito Internacional para o julgamento de crimes de guerra cometidos por membros das forças armadas de um Estado inimigo, mas, ao longo dos séculos XIX e XX, não houve casos da submissão de líderes políticos a julgamentos.⁵⁰ Passara-se a considerar que tais transgressões eram esperadas da guerra e, de certa forma, uma parte natural da história do homem.⁵¹

Essa noção em muito se relaciona com a história monárquica e, portanto, familiar dos líderes políticos da Europa, pois que havia o interesse de reestabelecer a harmonia mais rapidamente após os conflitos, o que seria dificultado pela realização de julgamentos criminais.⁵² No entanto, essa posição deixa radicalmente de se sustentar especialmente após a materialização do Estado Racial em que se converteu a Alemanha Nazista.⁵³

⁴⁸ GUERRA, 2010, p. 422-423.

⁴⁹ Ibid., p. 424.

⁵⁰ TOMUSCHAT, Christian. The Legacy of Nuremberg. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, v. 4, n. 4, p. 830-844, Sept. 2006, p. 830-831.

⁵¹ Ibid., p. 831.

⁵² Ibid., p. 831.

⁵³ MAZZUOLI, 2011, p. 941.

O período após o fim da Segunda Guerra Mundial é um dos mais importantes para a história dos antecedentes da criação do TPI, dado que corresponde ao momento de criação dos Tribunais de Tóquio e Nuremberg. Em consequência do resultado catastrófico da guerra, marcada por violações à dignidade da pessoa humana em uma escala sem precedentes, os direitos humanos passaram a centralizar o debate da comunidade internacional, de forma a iniciar uma discussão sobre os limites da soberania dos Estados.⁵⁴

Desse modo, por meio da Declaração de Moscou de 1943, firmada antes do fim da guerra pelos Aliados Estados Unidos, União Soviética e Inglaterra, estabeleceu-se que o julgamento daqueles cujos crimes de guerra pudessem se limitar a uma localização geográfica específica deveria nela ocorrer.⁵⁵ Quanto aos outros criminosos de guerra, cujos atos estenderam consequências por todo o continente europeu, seriam submetidos a um julgamento ainda a ser decidido.⁵⁶

De 1945 a 1946, produzem-se os efeitos, assim, do Acordo de Londres, celebrado pelos governos dos Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, para instaurar o Tribunal de Nuremberg.⁵⁷ O julgamento conduzido nesse Tribunal correspondeu a uma ruptura na antiga ordem das relações políticas entre as nações, por meio da inauguração de uma nova lógica jurídica em que o DIH e o DIDH passam a se sobrepor ao conceito de soberania dos Estados.⁵⁸

Nesse sentido, o artigo 6º do Acordo de Londres, também chamado Estatuto do Tribunal de Nuremberg, tipificou como crimes de competência do Tribunal os crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.⁵⁹ Ademais, pode-se citar o “crime de

⁵⁴ GUERRA, 2010, p. 420.

⁵⁵ PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 576.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 576.

⁵⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos direitos humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, n. 12, p. 9-31, jul./set. 2004, p. 12-13.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 13.

⁵⁹ MAZZUOLI, 2011, p. 942.

conspiração (a participação na elaboração ou execução de um plano para o cometimento de qualquer um dos crimes anteriores)”.⁶⁰

2.5. Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Tribunal de Tóquio)

Quanto ao julgamento do papel do Japão na guerra, a decisão foi fixada pelos governos da China, Grã-Bretanha e Estados Unidos no artigo 10 da Declaração de Potsdam, em 1945, que definiu, por meio dos termos de rendição japonesa, as condições para o tratamento a ser dado aos criminosos de guerra.⁶¹ Essas condições formam a base para o que viria a se tornar o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (TMIEO), também conhecido como Tribunal de Tóquio, por lá ter sido sediado.

Há, assim, a apresentação de uma lista de juízes de nações signatárias desse termo (Canadá, Austrália, França, Reino Unido, Países Baixos, Nova Zelândia, Estados Unidos, União Soviética, China, Índia e Filipinas), dentre os quais onze foram escolhidos, à seleção do Comandante Supremo das Forças Aliadas, General Douglas McArthur, para a instituição do Tribunal.⁶²

Houvera também, já em 1943, na Comissão das Nações Unidas para Crimes de Guerra, em Londres, a recomendação de um tal tribunal, que viria a se instituir em maio de 1946, em efeito da Carta de Tóquio.⁶³ Com a aprovação final do General McArthur, a carta continha 17 artigos⁶⁴, diferentemente do Estatuto de Nuremberg, que contava com 30.⁶⁵

Foram acusados e levados a julgamento 28 dos 80 suspeitos, correspondendo a 9 civis e 9 militares⁶⁶, incluindo o primeiro-ministro Ideki Tojo, o que culminou na condenação de

⁶⁰ SOUZA, op. cit., p. 13.

⁶¹ SEGUCHI, 2011, p. 76.

⁶² SOUZA, 2004, p. 13.

⁶³ SEGUCHI, op. cit., p. 76.

⁶⁴ Ibid., p. 76.

⁶⁵ SOUZA, op. cit., p. 13.

⁶⁶ SEGUCHI, op. cit., p. 77.

todos, ainda que não em unanimidade por parte dos juízes⁶⁷. O julgamento durou dois anos e meio, chegando ao fim em novembro de 1948.⁶⁸

Foram julgados em Tóquio os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e os crimes contra a paz, de maneira semelhante ao julgamento dos alemães. No entanto, diferenças são apontadas no sentido de não terem sido mantidos a categoria dos crimes de conspiração e o julgamento de pessoas jurídicas, que haviam enfrentado críticas em Nuremberg.⁶⁹

2.6. Pós-julgamento dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio

2.6.1. Críticas

Diversas críticas foram tecidas aos julgamentos ocorridos nos Tribunais de Tóquio e Nuremberg, principalmente quanto a seus caracteres *ad hoc*, visto que violavam o princípio da legalidade e da irretroatividade. Ademais, ressalta-se a questão da composição do corpo de juízes, que foi considerada por parte da doutrina como desequilibrada, apresentando ausência de neutralidade. Entendeu-se que os Tribunais foram constituídos politicamente.

A respeito da violação aos princípios, sustenta-se que os Tribunais possuíam lastro para seu julgamento no costume internacional, que é fonte do Direito Internacional.⁷⁰ Para isso⁷¹, é ressaltado o conteúdo do artigo 38 do Estatuto da CIJ:

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

⁶⁷ SOUZA, op. cit., p. 14.

⁶⁸ SEGUCHI, op. cit., p. 76.

⁶⁹ SOUZA, 2004, p. 14.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

⁷¹ *Ibid.*, p. 67.

- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.⁷²

No entanto, elementos importantes do costume internacional, como a prática e o *opinio juris*, positivados nesse dispositivo e, anteriormente, no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, não estavam presentes no caso.⁷³ A própria defesa, em Nuremberg, ressaltou o fato de não haver precedentes, à época, da condenação penal de um chefe de Estado pelo início de uma guerra.⁷⁴

Em Nuremberg, cujo julgamento se deu anteriormente ao de Tóquio, contando com acusações de maior gravidade perante a sociedade internacional, nem um juiz sequer foi escolhido de um país neutro ou da própria Alemanha para a composição do Tribunal.⁷⁵ Já no julgamento do Extremo Oriente, a seleção de juízes abarcou aqueles provenientes de outras nações que não as Aliadas, ainda que, dentre elas, não tenha havido uma que não tivesse sofrido ataques das forças japonesas.⁷⁶

Ademais, à época do funcionamento do Tribunal em Tóquio, o Japão se encontrava sob domínio estadunidense, o que acarretou a realização de diversos arranjos, por parte dos Estados Unidos, para a realização do julgamento.⁷⁷ Um dos pontos mais críticos da interferência americana, inclusive, foi o fato de ter composto a Promotoria Geral do Tribunal.⁷⁸

⁷² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>.

⁷³ TOMUSCHAT, 2006, p. 832.

⁷⁴ Ibid., p. 832.

⁷⁵ Ibid., p. 832.

⁷⁶ Ibid., p. 832.

⁷⁷ SEGUCHI, 2011, p. 76.

⁷⁸ Ibid., p. 76.

Além das críticas tecidas ao desrespeito aos princípios da legalidade, da irretroatividade da lei penal, da imparcialidade do juiz e às motivações políticas, teve-se a da impossibilidade de a parte vencida recorrer devido à ausência do duplo grau de jurisdição.⁷⁹ Ademais, a parcialidade com que tais julgamentos foram conduzidos era muitas vezes evidente em suas abstenções: não houve responsabilização dos Estados Unidos em relação ao ataque atômico a Hiroshima e Nagasaki ou da União Soviética quanto à quebra do acordo de neutralidade⁸⁰ com a invasão da Manchúria.

Os julgamentos que tomaram forma em Tóquio e Nuremberg são, assim, inegáveis avanços do ponto de vista do que se pretendia à época dos fatos: os horrores causados no contexto da Segunda Guerra de fato não restaram impunes, embora apenas no que concerne às ações do Eixo. Restou um sentimento de justiça tardia, e naturalmente insuficiente, àqueles que clamavam por medidas que de alguma forma respondessem ao luto que recaiu sobre a humanidade. Com uma noção sustentada no repúdio ao Holocausto e no ato de guerra inicial com a invasão da Polônia, Alemanha, enfim, deixou a guerra como a maior culpada no consciente coletivo.

Nesse sentido, a penalização, de maneira prática, não se limitou aos criminosos de guerra, já que as consequências dos julgamentos se estenderam à população alemã. Há inclusive uma contradição entre as medidas tomadas contra a população e o reconhecimento dos crimes puníveis no Tribunal de Nuremberg.⁸¹ A deportação política e/ou em detrimento de um povo foi compreendida no Estatuto do Tribunal de Nuremberg como crime de guerra e crime contra a humanidade – no entanto, fora decidido, em Potsdam, pelos Aliados, pela expulsão de alemães não só de territórios a leste da linha de Oder-Neiße, como também daqueles de países onde viviam como minoria, como Polônia, Hungria e Tchecoslováquia.⁸²

Portanto, determinadas ações que causaram a condenação e punição dos alemães em Nuremberg⁸³, bem como dos japoneses em Tóquio, são correspondentes não só a ações

⁷⁹ VALÉRY; MOREIRA, 2013, p. 190.

⁸⁰ SOUZA, 2004, p. 14.

⁸¹ TOMUSCHAT, 2006, p. 833.

⁸² Ibid., p. 833.

⁸³ Ibid., p. 834.

praticadas pelos Aliados durante a guerra, como também em sua política de correção dos derrotados no pós-guerra. Utilizou-se, assim, de semelhantes práticas concomitantemente ao julgamento e reparação judicial de tais atos.

Ainda assim, segundo Sidney Guerra, uma das maiores contribuições objetivas da instauração do Tribunal de Nuremberg foi o surgimento, dentro da seara jurídica, de fatos que há muito existiam na sociedade internacional, sendo eles os já mencionados crime de lesa humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, que não se encontravam até então legislados ou mesmo reconhecidos efetivamente no âmbito do Direito Internacional.⁸⁴ Aponta-se, ainda, como contribuição a introdução do conceito de responsabilidade penal individual, atribuído aos indivíduos pela instrumentalização do Estado para a concretização de fins particulares criminosos.⁸⁵

Essa responsabilização, aliás, em que consistiu o foco dos julgamentos de Tóquio e Nuremberg, apesar de todas as críticas retratadas, deu-se em concordância com o processo de desenvolvimento histórico da condição da pessoa humana perante o Direito.⁸⁶ Ainda que contrária a diversos princípios jurídicos, permitiu a condução de um julgamento aos criminosos de guerra, ocupando o lugar de práticas que apenas adicionavam à violência de uma guerra já terminada. Em outras palavras, foi uma resposta mais digna, “uma opção ao simples e irracional pelotão de fuzilamento”.⁸⁷

2.6.2. Eventos procedentes

Em consequência de tais críticas feitas à categoria dos crimes contra a humanidade pela ausência de tipificação prévia, a Assembleia Geral da ONU reafirmaria, no dia 11 de dezembro de 1946,

⁸⁴ GUERRA, 2010, p. 434.

⁸⁵ SOUZA, 2004, p. 14-15.

⁸⁶ Ibid., p. 14.

⁸⁷ Ibid., p. 14.

as definições e princípios formuladas pelo Tribunal de Nuremberg e de Tóquio por meio de seus Estatutos e sentenças, como princípios do Direito Internacional, que deveriam ser posteriormente sistematizados e codificados (Resolução n. 95 (1) 13/2/46) (Resolução n. 177(II) 1947) dando início, assim, a um regime específico e distinto de responsabilidade, que passaria a ser o Direito Internacional Penal.⁸⁸

No ano de 1948, acontece a Convenção das Nações Unidas para a prevenção e repressão do crime de genocídio (Resolução n. 260 A(III) -9/12/48), cuja definição é então dada, passando a ser utilizada em documentos posteriores, a exemplo do Estatuto de Roma do TPI.⁸⁹ A competência para o julgamento desse tipo de crime deve ser do Tribunal nacional do local onde o genocídio tenha sido cometido ou de um Tribunal Internacional cuja jurisdição seja reconhecida pelas partes envolvidas, sendo essa a primeira vez que a ideia de um Tribunal Internacional é inserida numa Convenção Internacional, apesar desse documento em si não ter criado nenhum.⁹⁰

Também em 1948 (Resolução n. 260B (III) 9/12/48), foi requisitada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a elaboração de um Estatuto para uma Corte Penal Internacional. A solicitação feita à Comissão de Direito Internacional teria seus efeitos interrompidos pela Guerra Fria, só sendo continuados em 1989 com a retomada das discussões na ONU para originar uma convenção internacional sobre o tema.⁹¹

2.7. Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda

Em 25 de maio de 1993, foi criado, *ad hoc*, um Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPII), por determinação do Conselho de Segurança da ONU na Resolução nº 827, com o propósito de julgar os acusados de violações ao DIH, de crimes contra a humanidade e genocídio que lá tomaram lugar desde 1991.⁹² Os eventos que tomaram lugar no

⁸⁸ PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 576-577.

⁸⁹ PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 577.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 577.

⁹¹ *Ibid.*, p. 577.

⁹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

território envolviam detenção sistemática e organizada, assassinato em massa, estupro e limpeza étnica.⁹³

Assim, o primeiro caso a ser julgado nesse Tribunal é o *Dusko Tadic*, a que se seguem *Prosecutor vs. Kristic*, *Prosecutor vs. Vasiljevic*, *Prosecutor vs. Kupreskic et al*, *Prosecutor vs. Blaskic*, *Prosecutor vs. Kumarac*, entre outros.⁹⁴ O caso Tadic foi importante para o reconhecimento da possibilidade de se conferir a existência de crimes contra a humanidade fora de um cenário de guerra (*war nexus*), como decidido pela Câmara de Apelação do Tribunal.⁹⁵

Desde seu estabelecimento em 1993 até julho de 2011, 161 pessoas foram indiciadas formalmente, dentre as quais não constam fugitivos.⁹⁶ Houve então, 19 absolvições e 90 condenações, com 13 acusados sendo encaminhados para a competência da jurisdição nacional e 37 tendo sido excluídos do prosseguimento do processo⁹⁷, por motivo de terem as acusações retiradas ou por falecimento.⁹⁸ Contam-se mais de dez mil e oitocentos dias de julgamento, dois milhões e meio de páginas de transcrição processual e quatro mil, seiscentos e cinquenta testemunhas.⁹⁹

Em junho de 2001, o ex-presidente da Iugoslávia, Slodoban Milosevic, foi denunciado ao TPII por crimes de guerra e crimes contra a humanidade, dando origem ao primeiro julgamento de um chefe de Estado por um Tribunal Internacional na História.¹⁰⁰ Em julho de 1994, surge, por iniciativa da Resolução do Conselho de Segurança da ONU nº 935 – assim como se deu na antiga Iugoslávia, e com competência e finalidade equivalentes –, o Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR), para julgamento das violações humanitárias ocorridas

⁹³ Ibid., p. 72.

⁹⁴ PAIVA, Caio Cezar. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017, p. 879.

⁹⁵ Ibid., p. 881.

⁹⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. ICTY. Infographic: ICTY Facts & Figures. Disponível em: <<https://www.icty.org/node/9590>>.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ PIOVESAN, 2011, p. 72.

⁹⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. ICTY. Infographic: ICTY Facts & Figures.

¹⁰⁰ PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 579.

de janeiro a dezembro do mesmo ano.¹⁰¹ Sediado em Arusha, na Tanzânia, conduziu-se pelo Estatuto inaugurado pela Resolução nº 955 do Conselho de Segurança.¹⁰² O tribunal possui, ainda, uma repartição em Quilague, e sua Câmara de Apelação possui sede em Haia.¹⁰³

Em setembro de 1998, tem-se a primeira condenação internacional, na história, pelo crime de genocídio com o julgamento do ex-prefeito ruandês, Jean-Paul Akayesu, por seu papel durante a guerra em Ruanda, em 1994. Foi considerado responsável pelo massacre de 500 mil tutsis.¹⁰⁴ Desde sua criação em 1995, 93 casos foram julgados pelo TPIR, dentre os quais houve 62 condenações, 14 absolvições, 2 acusações retiradas, 2 mortes ao longo do processo, 3 foragidos devolvidos ao Mecanismo Internacional das Nações Unidas para Tribunais Penais (MITP) e 10 remetidos para julgamento pelos tribunais nacionais.¹⁰⁵

Entre os indiciados pelo TPIR encontram-se, além de autoridades governamentais e militares de alto escalão, políticos, empresários e líderes religiosos, de milícias e da mídia.¹⁰⁶ Nessa perspectiva, o TPIR foi o primeiro tribunal internacional a responsabilizar membros da mídia pela propagação de informações a fim de incitar o povo a cometer atos genocidas, e a dar uma definição de estupro dentro da lei internacional penal, de forma a caracterizá-lo como ato de genocídio.¹⁰⁷

É atribuída uma grande importância para o movimento internacional contra a impunidade aos casos de Ruanda e da antiga Iugoslávia. De maneira exemplificativa, a página do TPII no site da ONU expressa a conclusão de que:

Ele [o Tribunal] demonstrou que os suspeitos de carregar as maiores responsabilidades pelas atrocidades cometidas podem ser responsabilizados, assim como que a culpa deve ser individualizada, de forma a proteger comunidades inteiras

¹⁰¹ PIOVESAN, op. cit., p. 73.

¹⁰² Ibid., p. 73.

¹⁰³ NAÇÕES UNIDAS. International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. The ICTR in Brief. Disponível em: <<https://unictr.irmct.org/en/tribunal>>.

¹⁰⁴ PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 578.

¹⁰⁵ NAÇÕES UNIDAS. International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. The ICTR in Brief.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

do rótulo da “responsabilidade coletiva”. (...) O Tribunal contribuiu com um registro histórico incontestável, combatendo o negacionismo e ajudando comunidades a se reconciliarem com sua história recente. Os crimes acontecidos na região não podem mais ser negados. Por exemplo, foi provado além de qualquer dúvida razoável que o assassinato em massa cometido em Srebrenica se tratou de genocídio. Os juízes também decidiram que o estupro foi usado por membros do exército bósnio da Sérvia como instrumento de terror, e os juízes do caso Kvočka et al. estabeleceram que uma “orgia infernal de perseguição” ocorreu nos campos de Omarska, Keraterm and Trnopolje, do noroeste da Bósnia.¹⁰⁸

2.8. Final do século XX e início do século XXI

Em 1998, a Câmara de Lordes Britânica negou imunidade ao general Augusto Pinochet pelo entendimento de que os crimes por ele cometidos não eram adequados às ações e funções de um chefe de Estado.¹⁰⁹ Entendeu-se que, no exercício de tal função, haveria o dever por parte do governante de prezar pela integridade física dos cidadãos, bem como dos estrangeiros que se encontrassem no território em questão, tendo sido o general condenado por crimes de tortura e desaparecimento forçado.¹¹⁰

Decidiu-se pela possibilidade de extradição do ditador para a Espanha, que a solicitou, posta a vigência de lei interna espanhola que estabelecia competência para o julgamento de crimes internacionais, praticados por espanhóis ou estrangeiros, mesmo que fora do território nacional.¹¹¹ No entanto, tal extradição não se completou, dado que o acusado apresentava condições de saúde que se configuraram como uma “razão humanitária” de impedimento.¹¹²

¹⁰⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. ICTY. About the ICTY. Disponível em: <<https://www.icty.org/en/about>>: “It has now shown that those suspected of bearing the greatest responsibility for atrocities committed can be called to account, as well as that guilt should be individualised, protecting entire communities from being labelled as ‘collectively responsible’. (...) The Tribunal has contributed to an indisputable historical record, combating denial and helping communities come to terms with their recent history. Crimes across the region can no longer be denied. For example, it has been proven beyond reasonable doubt that the mass murder at Srebrenica was genocide. Judges have also ruled that rape was used by members of the Bosnian Serb armed forces as an instrument of terror, and the judges in the Kvočka et al. trial established that a ‘hellish orgy of persecution’ occurred in the Omarska, Keraterm and Trnopolje camps of northwestern Bosnia.” (tradução nossa)

¹⁰⁹ PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 578.

¹¹⁰ Ibid., p. 578-579.

¹¹¹ Ibid., p. 579.

¹¹² Ibid., p. 579.

Em agosto de 2001, o general servo-bósnio Radislav Krstic, considerado responsável pelo massacre de oito mil muçulmanos em Srebrenica, na Bósnia, em 1995, foi condenado a 46 anos de prisão pelo crime de genocídio – o maior no território europeu desde o Holocausto.¹¹³

Em 2001, criaram-se no Timor Leste, devido à Crise do Timor-Leste, em 1999, e no Camboja, em razão do Khmer Vermelho, que governou de 1975 a 1979, os Tribunais Nacionais Internacionalizados, numa organização, firmada por acordo entre a ONU e os dois países, para conceder aos tribunais nacionais as condições necessárias para a realização do julgamento dos crimes internacionais.¹¹⁴

3 ESTATUTO DE ROMA E O ESTABELECIMENTO DO TPI

Em 1994, foi adotado pela Comissão de Direito Internacional um Comitê Preparatório do Anteprojeto do Estatuto para um Tribunal Penal Internacional Permanente, que seria estabelecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1995.¹¹⁵ O Comitê ficou encarregado, em sua 50ª sessão, da elaboração do texto de uma convenção internacional que seria levado à apreciação por uma Conferência de Plenipotenciários – sediada enfim em meados de julho de 1998, em Roma – e que pudesse dar origem à criação do TPI.¹¹⁶

O texto do Estatuto de Roma foi aprovado em 17 de julho de 1998. Para que se desse início a sua vigência, no entanto, era necessário que ao menos 60 Estados o ratificassem, o que se alcançou em 11 de abril de 2002.¹¹⁷ Finalmente, no dia 1º de julho de 2002, após o depósito do 60º instrumento de ratificação, o estatuto entrou em vigor, instituindo o TPI, com jurisdição

¹¹³ Ibid., p. 579.

¹¹⁴ PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 579.

¹¹⁵ GUERRA, 2010, p. 435.

¹¹⁶ Ibid., p. 435-436.

¹¹⁷ BOITEUX, Luciana. Os princípios penais do estatuto Tribunal Penal Internacional à luz do direito brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Coord.). **Direito penal internacional, estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91-114.

complementar às jurisdições penais nacionais.¹¹⁸ Trata-se da primeira corte criminal internacional permanente criada por um tratado.¹¹⁹

O Estatuto teve 120 votos favoráveis, dentre os quais o do Brasil, 21 abstenções e 7 votos contrários (Estados Unidos, China, Israel, Turquia, Filipinas, Sri Lanka e Índia), entrando em vigência no 1º dia de julho de 2002.¹²⁰ Em 1º de julho de 2000, o tratado foi ratificado pelo Brasil¹²¹ e, em 30 de dezembro de 2004¹²², por meio da Emenda Constitucional nº 45, com a inclusão do § 4º, foi reconhecida a submissão brasileira “à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Com toda a história que o precede, o TPI surge num contexto em que extensas críticas já haviam sido tecidas aos funcionamentos dos tribunais penais internacionais passados. Dessa forma, houve a preocupação de que, desde sua origem, o Tribunal já tivesse princípios jurídicos essenciais pelos quais se guiar, quais sejam: *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, irretroatividade *ratione personae*, responsabilidade penal individual e elementos de intencionalidade.¹²³ O estudo da jurisdição do TPI é rico por permitir a análise da comunicação entre diferentes fontes legais, sistemas jurídicos e suas origens – bem como a aplicação desse direito integrado por juízes internacionais provenientes de diferentes países, de forma a constituir um marco de especial importância histórica e para o direito comparado como um todo.¹²⁴

¹¹⁸ KUKINA, Sérgio Luiz. Apontamentos sobre o Tribunal Penal Internacional Permanente. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 48-59, abr./maio/jun. 2004.

¹¹⁹ AMBOS, Kai. Processando crimes internacionais em níveis nacional e internacional: justiça X Realpolitik. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Coord.). **Direito penal internacional, estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 75-90.

¹²⁰ KUKINA, 2004, p. 48.

¹²¹ BOITEUX, 2007, p. 92.

¹²² BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>.

¹²³ VALÉRY; MOREIRA, 2013, p. 193.

¹²⁴ BOITEUX, op. cit., p. 91.

3.1. Estrutura do TPI

A composição do Tribunal consiste nos seguintes órgãos: “a. a Presidência; b. a Seção Preliminar, a Seção de Primeira Instância e a Seção de Apelação; c. o Gabinete do Procurador; d. a Escrivania”.¹²⁵ À Assembleia dos Estados-Parte do Estatuto, compete organizar uma lista de juízes indicados pelos Estados, dentre os quais deve eleger dezoito para integrar o Tribunal por um mandato de nove anos.¹²⁶

As Seções Preliminar e de Primeira Instância devem ser compostas, cada, de no mínimo seis juízes, enquanto a Seção de Apelação conta com quatro juízes além do Presidente, que, assim como o primeiro e o segundo vice-presidentes, deve ser “eleito por seus pares, por maioria absoluta, para um mandato de três anos.”¹²⁷ Ademais, o TPI tem como idiomas oficiais inglês, francês, espanhol, chinês, árabe e russo, dentre os quais são utilizados nos processos apenas o inglês e o francês.¹²⁸

3.2. Princípios norteadores do TPI

Alguns dos principais princípios adotados pelo TPI, que correspondem inclusive a importantes motivos para sua criação são o *nullum crimen sine lege* ou princípio da legalidade, *nulla poena sine lege* ou princípio da legalidade com relação às penas e irretroatividade *ratione personae* ou princípio da irretroatividade. Isso porque as críticas tecidas aos Tribunais *ad hoc* se concentravam em grande parte no fato de que foram constituídos para a punição de crimes após o cometimento destes.

O princípio *nullum crimen sine lege*, da legalidade ou da reserva legal, se baseia na ideia de que não pode haver responsabilidade penal sem a existência de norma, já vigente no

¹²⁵ FONSECA, José Roberto Franco da. O Tribunal Penal Internacional permanente. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 94, p. 281-293, 1999, p. 283. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67443>>.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 283.

¹²⁷ FONSECA, 1999, p. 283.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 283.

momento da conduta criminosa, que a estabeleça. Trata-se de um princípio previsto em diversos documentos legais, dentre os quais se destacam a Declaração dos Direitos do Homem e o Pacto de San José da Costa Rica.¹²⁹

Encontra-se prevista no Estatuto de Roma, no artigo 22 (2), a vedação à analogia *in malam partem*, de forma que, em situações de incerteza, não se permite que seja feita analogia ou interpretação prejudicial ao réu.¹³⁰ Nesse mesmo sentido, destaca-se o artigo 24, que trata de estabelecer que a imputabilidade do agente, ou a validade da lei no geral, somente é válida após a entrada em vigor da norma, a não ser em casos de lei benéfica ao réu.¹³¹ A esse conceito, justamente, atribui-se a noção da irretroatividade *ratione personae*.¹³²

Quanto ao da *nulla poena sine lege*, ou princípio da legalidade aplicado à pena, destaca-se o artigo 23¹³³, que determina que a condenação do TPI vincula a pena e sua aplicação às disposições contidas no Estatuto.¹³⁴ Nesse sentido, uma das principais disposições diz respeito à proximidade do sistema do TPI ao *sentencing* anglo-saxão, de maneira a estabelecer um limite para a quantidade de pena que o Tribunal poderá aplicar.¹³⁵ Esse limite é explicitado no artigo 77 e corresponde a 30 anos de prisão, embora seja possível, como consta no parágrafo (b)¹³⁶, em casos excepcionais e gravíssimos, a aplicação da pena de prisão perpétua.¹³⁷

O princípio dos elementos de intencionalidade está contido no conteúdo do artigo 30 (2) do Estatuto, que atribui punibilidade aos crimes cometidos com intenção e conhecimento dos elementos materiais do crime.¹³⁸ O princípio da responsabilidade penal individual atribui responsabilidade criminal perante a ordem internacional às pessoas físicas (artigo 25 (1)) cuja conduta se enquadre em quaisquer dos crimes sob a jurisdição (artigo 25 (2)) do TPI¹³⁹, a partir

¹²⁹ BOITEUX, 2007, p. 94.

¹³⁰ Ibid., p. 95.

¹³¹ BOITEUX, 2007, p. 95.

¹³² VALÉRY; MOREIRA, 2013, p. 193.

¹³³ BOITEUX, op. cit., p. 96.

¹³⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.**

¹³⁵ BOITEUX, op. cit., p. 96-97.

¹³⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.**

¹³⁷ BOITEUX, op. cit., p. 96.

¹³⁸ VALÉRY; MOREIRA, op. cit., p. 194.

¹³⁹ Ibid., p. 193.

do início da vigência do Estatuto (artigos 11 e 24).¹⁴⁰ Para esse fim, não se consideram especificidades oficiais, a exemplo das imunidades dos cargos que ocupem, nem se inviabiliza a responsabilização do Estado, caso este também seja culpado dos crimes¹⁴¹ (artigo 25 (4)).

Considera-se, para que haja imputabilidade, a maioria penal de 18 anos, segundo o artigo 26, sendo determinadas excludentes de responsabilidade, como legítima defesa, doença mental, coação sob ameaça de morte ou de lesão corporal, entre outras.¹⁴² O Tribunal se guia por um conceito unitário de autor, embora haja a possibilidade de ser reconhecido o concurso de pessoas (artigo 25 (3) (a)), sendo atribuída responsabilidade penal por resultado ao autor direto, aos coautores ou ao autor mediato.¹⁴³

Para o presente trabalho, importa ressaltar a responsabilidade de chefes militares, definida no artigo 28 do Estatuto, que se baseia numa ideia de crime omissivo impróprio, quando o superior hierárquico, tendo possibilidade de impedir o crime, não o faz, considerando-se, no caso de estarem presentes os requisitos, o dolo eventual.¹⁴⁴ Sob essa ótica, considera-se que a existência de uma hierarquia origina para o indivíduo em posição de liderança militar o dever jurídico de impedir o resultado criminoso quando possível for.¹⁴⁵

3.3. Competência do TPI

O texto do Estatuto de Roma é composto pelos sistemas de *civil law* (romano-germânico de lei escrita) e *common law* (anglo-saxônico de precedentes jurisprudenciais), de forma que positiva princípios, normas e costumes de direito penal internacional.¹⁴⁶ Os crimes de competência do TPI se encontram elencados no artigo 5º do Estatuto de Roma, considerados como *jus cogens*, normas que não devem enfrentar discordância ou qualquer diminuição, ainda

¹⁴⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.**

¹⁴¹ VALÉRY; MOREIRA, op. cit., p. 193-194.

¹⁴² Ibid., p. 194.

¹⁴³ BOITEUX, 2007, p. 104.

¹⁴⁴ Ibid., p. 105.

¹⁴⁵ Ibid., p. 105.

¹⁴⁶ Ibid., p. 91.

que sob acordo entre partes¹⁴⁷, e são eles: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.¹⁴⁸ Este último, no entanto, somente estaria de fato sob a jurisdição do Tribunal uma vez que fosse aprovado um dispositivo em que se definisse o crime e se enunciassem as condições para tal, em conformidade com os artigos 121 e 123, segundo o artigo 5 (2).¹⁴⁹

Assim, seria necessária uma emenda para a devida tipificação, visto que sua inclusão no Estatuto de Roma de 1998 foi prejudicada pela ausência de um conceito suficientemente preciso de agressão, de forma que se fosse possível caracterizar a espécie de crime e fundamentar a responsabilidade penal internacional para tal.¹⁵⁰ Então, no dia 11 de junho de 2010¹⁵¹, na conferência de Kampala, foi adotada, por consenso¹⁵², a Resolução RC/Res.6 para definir propriamente o crime de agressão.¹⁵³ Inseriu-se essa definição logo após o artigo 8 do Estatuto, no artigo 8 *bis*, ao mesmo tempo em que se excluiu o mencionado artigo 5 (2).¹⁵⁴ A emenda só seria oficializada, no entanto, em julho de 2018, quando a jurisdição do Tribunal foi de fato ativada.¹⁵⁵

Segundo esse dispositivo, em seu parágrafo (1), o crime de agressão se definiria pelo “planejamento, preparação, iniciação ou execução”, por parte de um indivíduo em posição de acionar efetivamente o poderio bélico ou as forças armadas de um Estado, para a comissão de agressão que, dados seu caráter e impacto, viole os princípios e direitos contidos na Carta das Nações Unidas¹⁵⁶. O texto segue, no parágrafo (2), para a definição de “agressão” propriamente

¹⁴⁷ VERDROSS, Alfred. Jus dispositivum and jus cogens in international law. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 60, n. 1, p. 55-63, Jan. 1966, p. 55.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 95.

¹⁴⁹ TPI. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**.

¹⁵⁰ BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L.; GAMEIRO, António Ribeiro. A tipificação do crime de agressão na conferência de revisão em Kampala e sua aplicabilidade aos Estados signatários do Estatuto de Roma como medida necessária para a preservação dos direitos humanos. **Diálogos Possíveis**, Salvador, v. 14, n. 1, p. 115-127, jan./jun. 2015, p. 119-120.

¹⁵¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Resolução RC/Res.6**. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>>.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ BAQUEIRO; GAMEIRO, op. cit., p. 120.

¹⁵⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Resolução RC/Res.6**.

¹⁵⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Assembly of State Parties to the Rome Statute. Crime of Aggression – Amendments Ratification. Disponível em: <<https://asp.icc-cpi.int/crime-of-aggression>>.

¹⁵⁶ BRASIL. **Decreto n. 19.841**, de 22 de out. de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>.

dita como o uso da força militar por um Estado “contra a soberania, a integridade territorial ou independência política de outro Estado”. O texto exemplifica essa conduta com atos como, quando praticados contra outro Estado: invasão militar, bombardeamento, anexação militarmente forçada de territórios, envio de grupos armados irregulares ou milícias, entre outros.

No artigo 6º do Estatuto de Roma, conceitua-se como genocídio os seguintes atos, quando praticados com a intenção de destruir total ou parcialmente um grupo étnico, racial, nacional ou religioso: assassinar, ocasionar ofensa grave à integridade física ou mental; submeter intencionalmente o grupo a condições de existência com a finalidade de causar a destruição física, total ou parcial; impor medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; transferir à força crianças do grupo para outro grupo.

É possível remontar os antecedentes para a formação deste conceito de genocídio ao primeiro tratado de proteção aos direitos humanos aprovado pela ONU. A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, que data de 9 de dezembro de 1948, estabelece, em seu artigo 6º, que aqueles acusados de tal crime sejam julgados por tribunais competentes do Estado em cujo território o ato tenha se dado, ou “pela corte penal internacional competente com relação às partes contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição”.¹⁵⁷

Sob essa perspectiva e de acordo com Piovesan¹⁵⁸, a lógica utilizada era a de que o genocídio, como um crime cuja gravidade e alcance perturbam a ordem internacional, poderia ter seu julgamento dificultado caso ficasse a cargo de instâncias nacionais – faria sentido, assim, atribuir a competência para um julgamento tal a uma corte internacional.

Em seguida, os crimes contra a humanidade são tratados no artigo 7 (1) do Estatuto, que os conceitua como os seguintes atos:

¹⁵⁷ KUKINA, 2004, p. 49.

¹⁵⁸ PIOVESAN, 2002, p. 211 apud KUKINA, 2004, p. 49.

quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Há uma extensa conceituação, no parágrafo (2) do mesmo artigo, do que seria entendido pelo Estatuto como “ataque contra uma população civil”, “extermínio”, “escravidão”, “deportação ou transferência à força de uma população”, “perseguição”, entre outros. No artigo 8, passa-se a discutir os crimes de guerra como violações graves das Convenções de Genebra de 1949, com um rol que elenca os atos:

- i) Homicídio doloso;
- ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
- iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;
- iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;
- v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;
- vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;
- vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;

viii) Tomada de reféns;

Essa lista se expande no parágrafo (b) para abarcar “violações graves das leis aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional”. Esse parágrafo elenca então 26 atos, dentre os quais se destacam, para fins deste trabalho:

xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea *f* do parágrafo 2º do artigo 7º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra; (...)

xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

Registra-se que, até fevereiro de 2006, foram recebidas pelo TPI mais de mil e setecentas denúncias, provenientes de indivíduos e ONGs de mais de cem países, dentre as quais 80% foram consideradas fora do alcance da jurisdição do tribunal após exame inicial realizado pela Promotoria.¹⁵⁹

A análise das denúncias recebidas é realizada pela Promotoria preliminarmente, de forma a averiguar a presença de bases mínimas para a instauração das investigações.¹⁶⁰ Desse modo, após tal processo de averiguação, foram instauradas, em 2004, a partir de denúncias oferecidas pelos próprios Estados em questão, duas investigações na África: os casos da República da Uganda e da República Democrática do Congo.¹⁶¹

4 PRIMEIRA SENTENÇA INTERNACIONAL DO TPI: CASO DE THOMAS LUBANGA

¹⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 307.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 307.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 308.

Thomas Lubanga Dyilo foi o primeiro réu a ser condenado pelo TPI, em 14 de março de 2012, por alistar e recrutar crianças menores de 15 anos para participar ativamente em atos de guerra.¹⁶² A sentença, proferida em 10 de julho de 2012 para condená-lo a 14 anos de prisão, foi confirmada pela Corte de Apelação no dia 1º de dezembro de 2014.¹⁶³

Thomas Lubanga é o presidente e um dos fundadores da União dos Patriotas Congolese (UPC), originada em 15 de setembro de 2000, que, em conjunto com sua ala militar, Forças Patrióticas para a Libertação do Congo (FPLC), de quem era comandante supremo¹⁶⁴ e líder político¹⁶⁵, tomou o poder em Ituri em 2002.¹⁶⁶ Esses grupos formavam uma milícia que, entre os dias 1º de setembro de 2002 e 13 de agosto de 2003, se envolveu em um conflito regional com outras organizações armadas, como é o caso da Armada Popular Congolese (APC) e da Força de Resistência Patriótica em Ituri (FRPI).¹⁶⁷ Os conflitos tomaram lugar nas fronteiras com a Uganda, no leste, e Sudão, no norte.¹⁶⁸

A corte reconheceu que, durante esse período, a UPC/FLPC realizara o recrutamento forçado e voluntário de jovens, entre eles menores de 15 anos, para a sede da organização e centros de treinamento militar em Bunia, havendo depoimento de testemunhas para tal, provas em vídeo e evidências da sujeição dessas crianças a regimes de treinamento árduos e ao sofrimento de punições severas.¹⁶⁹ Reconheceu-se que essas crianças foram usadas como soldados, chegando a participar efetivamente do conflito, em Bunia, Tchomia, Kasenyi, Bogoro, Kobu, Sangolo, Mongbwalu, de forma que foi até mesmo criada uma “unidade Kadogo” especial composta principalmente das crianças abaixo de 15 anos.¹⁷⁰

¹⁶² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**: The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf>>.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ AMBOS, Kai. The first confirmation decision of the International Criminal Court. *In*: KOTSALIS, L.; COURAKIS, N.; MYLONOPOULOS, C. (eds.). **Essays in honour of Argyrios Karras**. Atenas: Ant. N. Sakkoulas, 2010. p. 979-1003. p. 980.

¹⁶⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ AMBOS, 2010, p. 980.

¹⁶⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**.

¹⁷⁰ Ibid.

A Câmara considerou as acusações concentradas nas condutas de “alistamento” e “recrutamento”, entendendo por elemento diferenciador o voluntarismo das crianças para tal. A vontade dos menores de 15 anos, no entanto, foi considerada inválida¹⁷¹ como argumento de desclassificação do crime, admitindo que as crianças-soldado eram demasiadamente jovens para que seu consentimento fosse considerado legítimo.

4.1. Linha do Tempo

Em 3 de março de 2004, o governo da República Democrática do Congo denunciou ao Tribunal os eventos ocorridos em seu território desde a entrada em vigor do Estatuto de Roma, em 11 de abril de 2002.¹⁷² A investigação tem início em 21 de junho de 2004, após análise prévia da Promotoria¹⁷³. Dias depois, em 5 de julho de 2004, as informações que fundariam o caso foram admitidas na Pre-Trial Chamber I (PTC) – ou seja, na Câmara de Juízo de Instrução –, embora Thomas Lubanga somente fosse comparecer diante de sua autoridade em 20 de março de 2006, três dias após sua transferência para custódia do TPI, resultado de um mandado de prisão expedido em fevereiro do mesmo ano.¹⁷⁴

O pedido de decretação da prisão de Lubanga fora feito em meados de janeiro, mais especificamente no dia 13, tendo sido deferido quase um mês depois.¹⁷⁵ Até sua transferência para o Centro de Detenção do Tribunal, em Haia, no dia 17 de março de 2006, quando foi entregue pelas autoridades congolenses para ser mantido sob custódia do TPI, estivera detido no *Centre pénitencière et de rééducation* de Kinshasa.¹⁷⁶ Sua prisão, realizada por Amy K. Rolfvondenbaumen, seria a primeira da história do TPI.¹⁷⁷ Diante da PTC, tem sua identidade

¹⁷¹ AMBOS, 2010, p. 989.

¹⁷² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**.

¹⁷³ ALMEIDA, Andreia Alves de; JUNIOR, Oscar Francisco Alves. O Tribunal Penal Internacional, a violação em massa dos direitos humanos e a condenação paradigmática no caso Thomas Lubanga. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 137-154, 2016. p. 147.

¹⁷⁴ AMBOS, 2010, p. 980.

¹⁷⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ ALMEIDA; JUNIOR, op. cit., p. 147.

verificada e é então informado dos crimes dos quais é acusado e dos direitos dos quais dispõe perante o Tribunal.¹⁷⁸

Diante da necessidade, em obediência à norma 85 do Estatuto do TPI, de reconhecer o nexo causal e estabelecer ligação direta entre os danos ocorridos e as acusações, permitiu-se que vítimas participassem do julgamento nos dias 28 de julho e 20 de outubro de 2006.¹⁷⁹ Após a conclusão da audiência para confirmar as informações contidas na acusação, a PTC decidiu por proibir a prática, vinda dos tribunais *ad hoc* instaurados em Ruanda e na Iugoslávia, chamada de *witness proofing*.¹⁸⁰

Essa prática corresponde ao encontro entre uma testemunha e uma das partes do processo para a análise da evidência a ser apresentada no Tribunal. Apesar de ter a finalidade de auxiliar a desenvolver, complementar e especificar aspectos do testemunho para ajudar na instrução do processo, há uma visão de que contribui para a preparação de evidência enviesada.¹⁸¹

Entre os dias 9 e 28 de novembro, foram realizadas audiências de confirmação (*confirmation hearings*)¹⁸² que culminaram, em 29 de janeiro de 2007, na confirmação das acusações pelos juízes da PTC.¹⁸³ Em 6 de março, a Trial Chamber I (TC1) – Câmara de Julgamento I – foi constituída para que desse continuidade ao julgamento do caso.¹⁸⁴ Após o término dessas instruções iniciais com a confirmação da acusação, o caso foi enviado a TC1, sob a presidência do juiz inglês Adrian Fulford, onde teve julgada a procedência da acusação dos crimes de genocídio e de crimes contra a humanidade – artigos 6º e 7º, respectivamente, do Estatuto de Roma.¹⁸⁵

¹⁷⁸ AMBOS, 2010, p. 980.

¹⁷⁹ Ibid., p. 981.

¹⁸⁰ Ibid., p. 981.

¹⁸¹ AMBOS, Kai. “Witness proofing” before the ICC: neither legally admissible nor necessary. *In*: STAHN, C.; SLUITER, G. (eds.). **The emerging practice of the International Criminal Court**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 599-614, p. 600-601.

¹⁸² AMBOS, 2010, p. 981.

¹⁸³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ ALMEIDA; JUNIOR, 2016, p. 147.

No dia 4 de setembro de 2007, houve a primeira audiência diante da TC1, após a qual aconteceram outras 54 audiências pré-julgamento.¹⁸⁶ Em 30 de novembro de 2007, foi confirmada a proibição de *witness proofing*.¹⁸⁷ Ao longo de junho e julho de 2008, discutiu-se no âmbito da TC1 o desequilíbrio na condução do processo causado pela indisponibilização, por parte da Promotoria, de importantes documentos e evidências com potencial exculpatório para a Defesa do acusado.¹⁸⁸ Questionou-se a justiça do decorrer processual, dado que a Promotoria haveria obtido de diversas fontes, e de maneira confidencial, evidências que foram mantidas propositalmente fora do conhecimento da Defesa e do Tribunal.¹⁸⁹ Dentre as diversas fontes, estaria até mesmo a ONU.

No dia 2 de julho, foi ordenada, assim, a libertação do acusado, que não viria a se cumprir em razão de recurso interposto pela Promotoria.¹⁹⁰ Em 21 de outubro, a Câmara de Apelação reconheceu a falha ocorrida no processo¹⁹¹, mas decidiu por prosseguir o caso, inclusive uma vez considerada a decisão das próprias fontes das informações de compartilharem-nas com a defesa.¹⁹² Isso se concretiza quando, em 18 de novembro, a TC1 mantém a decisão de seguimento do processo, com a concessão efetiva do acesso a tais informações à Defesa, e estipula a data de 26 de janeiro de 2009 para início do julgamento.¹⁹³

4.1.1. O julgamento

No dia 26 de janeiro de 2009, declara-se o início do julgamento, e a Promotoria conclui seu caso em 14 de julho.¹⁹⁴ No entanto, a apresentação de razões da Defesa que deveria se seguir é postergada, em 2 de outubro, visto que um recurso acerca da qualificação das acusações

¹⁸⁶ O direito por quem o faz – Resumo da decisão proferida no julgamento de Thomas Lubanga Dyilo pelo Tribunal Penal Internacional. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, 2012. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5570/>>.

¹⁸⁷ AMBOS, 2010, p. 982.

¹⁸⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**.

¹⁹¹ ALMEIDA; JUNIOR, 2016, p. 48.

¹⁹² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**.

¹⁹³ ALMEIDA; JUNIOR, op. cit., p. 148.

¹⁹⁴ Ibid., p. 148.

foi interposto para analisar a possibilidade de, com novas evidências apresentadas, aditar outras condutas à imputação do acusado.¹⁹⁵ A decisão é julgada para o aditamento da acusação em 8 de dezembro, e o julgamento retoma, finalmente, seu seguimento com a apresentação das alegações da Defesa, no dia 7 de janeiro de 2010.¹⁹⁶

Entretanto, no dia 8 de julho, o processo é novamente suspenso pela TC1 ante a desobediência por parte da Promotoria quanto à adoção das ordens do Tribunal, que lhe solicitou o repasse confidencial à Defesa de nomes e informações acerca da identidade de uma fonte utilizada para reunir evidências sobre o caso.¹⁹⁷ Posteriormente, em 8 de outubro, a Câmara de Apelação decide por reverter a decisão da TC1 de suspensão do processo.¹⁹⁸ Entendeu-se que a decisão da TC1 fora precipitada, sem que houvesse sido considerada a utilização de medidas alternativas, como a aplicação de sanção para fazer com que a Promotoria cumprisse com seus deveres perante as ordens do Tribunal.¹⁹⁹

A fase de instrução se encerra em 20 de maio de 2011, e as partes apresentam suas alegações finais em 25 e 26 de agosto de 2011.²⁰⁰ Ao todo, os juízes deram autorização para 146 vítimas participarem do julgamento como tal.²⁰¹ Em relação aos eventos que ocorreram, consta que:

Ao longo de 204 dias de audiências, a Câmara de Julgamento proferiu 275 decisões e ordens escritas e 347 decisões orais. A Câmara ouviu 36 testemunhas, incluindo 3 especialistas, convocados pela Promotoria, 24 testemunhas convocadas pela Defesa e 3 testemunhas convocadas pelos representantes legais das vítimas participantes nos procedimentos legais. A Câmara também convocou 4 especialistas. Um total de 129 vítimas, representadas por duas equipes de representantes legais e o Gabinete do Conselho Público de Defesa das Vítimas, receberam o direito de participar do julgamento. Eles foram autorizados a apresentar petições e a examinar testemunhas a respeito de questões específicas. A Promotoria submeteu 368 itens de evidência, a Defesa, 992, e os representantes legais das vítimas, 13.²⁰²

¹⁹⁵ Ibid., p. 148.

¹⁹⁶ Ibid., p. 148.

¹⁹⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet.**

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet.**

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.: “Over the course of 204 days of hearings, the Trial Chamber delivered 275 written decisions and orders and 347 oral decisions. The Chamber heard 36 witnesses, including 3 experts, called by the Office of the

Em 14 de março de 2012, a Câmara de Julgamento decidiu, então, por unanimidade, condenar Thomas Lubanga por coperpetração de crimes de guerra, relacionados às três acusações, a 14 anos de prisão, dos quais seria feita a remição do período em que esteve preso preventivamente.²⁰³ Posteriormente, a Câmara de Apelação decidiu por maioria confirmar a sentença proferida em 1º grau, no dia 1º de dezembro de 2014.²⁰⁴

No dia 22 de setembro de 2015, três juízes que compunham a Câmara de Apelação foram escolhidos para a finalidade de analisar a sentença e decidir sobre eventual necessidade de reduzir a pena, segundo o artigo 110 do Estatuto.²⁰⁵ Assim, o condenado foi transferido de volta para a República Democrática do Congo para o cumprimento de sua pena, em 19 de dezembro de 2015.²⁰⁶ No dia 15 de março de 2020, Thomas Lubanga entrou em liberdade devido ao cumprimento da pena.²⁰⁷

4.2. Elementos jurídicos

As três acusações enfrentadas pelo réu, que se confirmaram ao longo do julgamento, correspondiam às de a) alistar e b) recrutar crianças menores de 15 anos para c) participar ativamente em atos de guerra. Ao seguir nessa perspectiva, destaca-se o entendimento da Promotoria para classificar, na acusação, a conduta do acusado no artigo 8 (2)(e)(vii), do Estatuto de Roma²⁰⁸, que expressa:

Prosecutor, 24 witnesses called by the defence and 3 witnesses called by the legal representatives of the victims participating in the proceedings. The Chamber also called 4 experts. A total of 129 victims, represented by two teams of legal representatives and the Office of Public Counsel for Victims, were granted the right to participate in the trial. They have been authorised to present submissions and to examine witnesses on specific issues. The Prosecution submitted 368 items of evidence, the Defence 992, and the legal representatives of victims 13.”
(tradução nossa)

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet.**

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ AMBOS, 2010, p. 987.

Art. 2º: Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra": (...) e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos: (...) vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

No entanto, ressalta-se haver no artigo 8 redações diferentes para a conduta em questão, de forma que o parágrafo (2), nos subparágrafos (b)(xxvi) e (e)(vii), estabelecem, respectivamente, a diferenciação dos conflitos entre internacionais e não internacionais.²⁰⁹ A Câmara optou por, diferentemente do inicialmente proposto pela Promotoria, classificar a conduta do acusado como crime de guerra perpetrado em conflito internacional, por adotar a perspectiva do “teste de controle geral”, aplicada no julgamento do TPII, em vez do “teste de controle efetivo”, aplicada na CIJ.²¹⁰

O “teste de controle efetivo” se caracteriza pelo exercício de poder de um Estado sobre um grupo armado (militar ou paramilitar) para a perpetração de atos criminosos contrários às leis humanitárias.²¹¹ Já o “teste de controle geral” não requer para sua classificação que um Estado possua controle sobre uma organização armada de maneira a fazê-la perpetrar quaisquer atos desse tipo.²¹²

Haveria, assim, uma maior abrangência dentro deste último para a classificação do papel da UPC/FLPC no cometimento dos crimes de guerra em âmbito internacional. Para Kai Ambos²¹³, é possível apontar uma crítica à tolerância dada pela Câmara para a classificação de um conflito como internacional e à preferência dada ao “teste de controle geral”, porquanto poderia trazer complicações para a TC1 no caso da adoção de posicionamento diferente no futuro. Isso porque o conflito fora considerado internacional com o entendimento da Câmara de que, de julho de 2002 a junho de 2003, Uganda ocupou Ituri, de forma que a discussão dos “testes” poderia ser considerada desnecessária.²¹⁴

²⁰⁹ Ibid., p. 987.

²¹⁰ Ibid., p. 987.

²¹¹ AMBOS, 2010, p. 987.

²¹² Ibid., p. 987-988.

²¹³ Ibid., p. 987.

²¹⁴ Ibid., p. 988.

Em junho de 2003, então, o conflito deixou de ser internacional, até dezembro do mesmo ano, pela retirada das tropas ugandesas do território de Ituri.²¹⁵ Ainda assim, ao falar de contextos inquestionavelmente não internacionais, ainda importa diferenciá-los de conflitos internos menores. E nesses casos, o entendimento da TC1 se mantém na direção de que um conflito não internacional pode se configurar ainda que os grupos envolvidos no conflito não exerçam controle no território, ou seja, considera-se que o poderio militar ultrapassa o controle territorial, bastando que tenham potencial de violência e de organização suficiente.²¹⁶ Esse entendimento, entretanto, contraria o artigo 1 do Protocolo adicional II às Convenções de Genebra de 1949²¹⁷, que trata do Campo de Aplicação Territorial e expressa que:

1. O presente Protocolo, que desenvolve e completa o Artigo 3 comum às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, sem modificar suas condições de aplicação, atuais, se aplica a todos os conflitos armados que não estiverem cobertos pelo Artigo 1 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo I) e que ocorram no território de uma Alta Parte Contratante entre suas Forças Armadas e Forças Armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a direção de um comando responsável, **exerçam sobre uma parte desse território um controle tal que lhes permita realizar operações militares contínuas e concentradas e aplicar o presente Protocolo.**

2. O presente Protocolo não se aplica às situações de tensões internas e distúrbios internos, tais como os motins, os atos esporádicos e isolados de violência e outros atos análogos, que não são considerados conflitos armados.²¹⁸

Quanto ao envolvimento das crianças com o conflito, tem-se o artigo 77 (2), do Protocolo I adicional às Convenções de Genebra, e o artigo 4 (3), do Protocolo II, como bases legais consideradas pelo Tribunal para a prevenção do envolvimento, forçado ou “voluntário”, de crianças em conflitos armados.²¹⁹ Seguem os dispositivos:

Artigo 77 (2)

²¹⁵ Ibid., p. 988.

²¹⁶ Ibid., p. 988-989.

²¹⁷ Ibid., p. 988.

²¹⁸ BRASIL. **Decreto n. 849**, de 25 de jun. de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0849.htm>. (grifo nosso)

²¹⁹ AMBOS, 2010, p. 989.

2. As Partes em conflito tomarão todas as medidas possíveis para que as crianças menores de quinze anos não participem **diretamente** nas hostilidades, especialmente abstendo-se de recrutá-las para as suas Forças Armadas. Ao recrutar pessoas de mais de quinze anos, porém menores de dezoito anos, as Partes em conflito esforçar-se-ão para dar prioridade aos de maior idade.

Artigo 4 (3)

3. Serão proporcionados as crianças os cuidados e a ajuda de que elas necessitam e, em particular:

a) receberão uma educação, incluída a educação religiosa e moral, conforme aos desejos dos pais ou na falta desses, das pessoas que tenham a sua guarda;

b) serão tomadas as medidas apropriadas para facilitar a reunião das famílias temporariamente separadas;

c) as crianças menores de quinze anos não serão recrutadas para servir nas forças ou grupos armados, e não se permitirá que participem das hostilidades;

d) a proteção especial prevista neste Artigo para as crianças menores de quinze anos continuará a ser-lhes aplicável se, não obstante as disposições da alínea c), tiverem participado diretamente das hostilidades e sido capturadas;

e) se necessário, e sempre que seja possível com o conhecimento dos pais ou das pessoas que, em virtude da lei ou do costume, tenham prioritariamente a sua guarda, serão tomadas medidas para trasladar temporariamente crianças da zona que ocorram as hostilidades para uma zona do país mais segura, e para as fazer acompanhar de pessoas responsáveis por sua segurança e bem-estar.²²⁰

Aliás, a forma que a Câmara escolheu para se referir aos crimes se baseia nos termos “alistar” e “recrutar”, para diferenciar o envolvimento entre o dito “voluntário” e o compulsório.²²¹ A Câmara considera que esses crimes continuam a ser cometidos por todo o tempo em que as crianças permanecem parte do grupo armado, o que poderia produzir efeitos para criminalizar alistamentos e recrutamentos realizados anteriormente à vigência do Estatuto de Roma, desde que a situação dos alistados e recrutados se mantivesse então.²²²

Nessa perspectiva, quanto ao crime relacionado à utilização *ativa* das crianças-soldado em atos de guerra, pode-se encontrar sua base jurídica na segunda parte do artigo 8 (2)(e)(vii) do Estatuto de Roma²²³, quando cita o ato de “utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades”. Nesse sentido, há o entendimento da Câmara sobre a possibilidade do que se considera participação *ativa* poder se dar não só no sentido de participação direta, mas no de

²²⁰ BRASIL. **Decreto n. 849**. (grifo nosso)

²²¹ AMBOS, 2010, p. 989.

²²² Ibid., p. 990.

²²³ Ibid., p. 989.

qualquer ação ativa relacionada com o conflito – embora escolha adotar o posicionamento do artigo 77 (2) do Protocolo I adicional às Convenções de Genebra, que dispõe apenas sobre a primeira concepção; ou seja, para considerar apenas a participação direta.²²⁴

Assim, considerando a proibição geral, que engloba as duas interpretações para “participação ativa”, contida no artigo 4 (3)(c) do Protocolo II adicional às Convenções de Genebra, percebe-se uma proteção maior da criança no contexto não internacional.²²⁵ Além de estabelecer a existência do conflito e sua classificação entre internacional e não internacional, bem como o alistamento e recrutamento de crianças e seu envolvimento em atos de guerra, ainda é preciso estabelecer a responsabilidade individual e o dolo do réu.²²⁶ Para isso, consideram-se o exposto, respectivamente, nos artigos 25 (3)(a) e 30 do Estatuto.²²⁷ Quanto ao primeiro, consta que:

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

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

Já no artigo 30 do Estatuto, que trata dos elementos psicológicos do crime, tem-se:

1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.

2. Para os efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem:

a) Relativamente a uma conduta, se propuser adotá-la;

b) Relativamente a um efeito do crime, se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos .

3. Nos termos do presente artigo, entende-se por "conhecimento" a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos

²²⁴ Ibid., p. 991.

²²⁵ Ibid., p. 991.

²²⁶ SHATZMAN, Aliza. The prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo: persistent evidentiary challenges facing the International Criminal Court. **George Mason International Law Journal**, Fairfax, v. 12, n. 2, p. 1-38, 2020/2021, p. 17.

²²⁷ Ibid., p. 17.

acontecimentos. As expressões "ter conhecimento" e "com conhecimento" deverão ser entendidas em conformidade.²²⁸

Desse modo, precisava ser comprovado no julgamento que o réu tinha intenção de atuar na conduta criminosa, de forma: que houvesse um acordo ou plano entre o réu e ao menos um dos coperpetradores que resultasse no crime com o desenrolar esperado dos acontecimentos; que tenha contribuído de forma essencial para o plano que culminou no crime; que o réu tenha tido intenção de praticar o crime ou tivesse consciência de que a prática do plano culminaria no crime; que houvesse a consciência do acusado de que contribuiu de forma essencial para o crime; que houvesse ciência por parte do réu das circunstâncias que apontavam para a existência do conflito e da ligação entre essas circunstâncias e sua conduta.²²⁹

Nesse sentido, comprovou-se, pelo julgamento do caso, que Thomas Lubanga e os coperpetradores do crime intentaram e planejaram a formação de um grupo armado ou milícia para a tomada do poder sobre a região de Ituri; bem como que o acusado, por sua posição de comandante supremo das FPLC, tendo, portanto, poder decisório, contribuiu diretamente para o cometimento dos crimes que lhe foram imputados.²³⁰ Ademais, pelos mesmos motivos, estava ciente do contexto do conflito e de como suas ações e condutas impactavam-no, tendo, inclusive, feito campanha para atrair crianças menores de 15 anos para a milícia e selecionado, entre elas, guarda-costas pessoais.²³¹

Pela natureza da conduta, ressaltou-se ao longo do julgamento a gravidade do crime envolvendo crianças-soldado, que corresponde a um consenso abordado em diversos tratados internacionais: por sua vulnerabilidade, é concedida à criança proteções especiais em relação aos indivíduos no geral.²³² Em casos como o julgado, a preocupação de punir os crimes

²²⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**.

²²⁹ SHATZMAN, 2021, p. 17-18.

²³⁰ SHATZMAN, 2021, p. 18.

²³¹ Ibid., p. 18-19.

²³² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de Julgamento I. **Decisão da Sentença nos termos do Artigo 76 do Estatuto**. Thomas Lubanga Dyilo e Promotoria. Relator: Adrian Fulford. DJ, 10 jul. 2012, p. 15. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-2901>>.

cometidos contra as vítimas se baseia na exposição, por eles ocasionada, da criança a conflitos violentos que ameaçam sua integridade tanto física quanto psicológica.²³³

As investigações acerca dos efeitos causados pelo alistamento e recrutamento de indivíduos tão novos revelam danos gravíssimos causados a sua saúde psicológica, e que se refletem materialmente em suas vidas ao longo dos anos. Esses danos resultam de eventos como a separação de suas famílias, a evasão escolar e a exposição ao medo e à violência por eles sofrida e causada na guerra.²³⁴ A testemunha técnica Elisabeth Schauer, em seu relatório de evidências apresentado à Câmara²³⁵, com base em um estudo conduzido com crianças-soldado de diversos países – entre eles a República Democrática do Congo –, entre 2004 e 2008, demonstrou a incidência desses traumas e sequelas psicológicas.

A perpetuação do sofrimento pode alcançar proporções tamanhas que podem perpassar a vida das crianças-soldado e afetar futuras gerações.²³⁶ Apontou-se, no estudo, que indivíduos que passaram por esse trauma apresentam maior dificuldade para resistir a impulsos de agressividade e lidar com a vida e os problemas de maneira não violenta, além de terem sua educação e até mesmo sua habilidade cognitiva prejudicadas.²³⁷ Além disso, apresentam maior inclinação para desenvolvimento de vícios, havendo uma grande incidência de alcoolismo e abuso de substâncias, comportamento suicida, depressão e dissociação entre as vítimas.²³⁸

Ademais, a despeito da ocorrência de alistamentos, cujo voluntarismo é descartado e desconsiderado pelo Tribunal, aponta-se a evidência trazida ao julgamento por Radhika Coomaraswamy²³⁹, representante da Secretaria Geral de Crianças e Conflitos Armados da ONU, de que grande parte da aderência “voluntária” de crianças a grupos armados era motivada pelas condições precárias de vida em que se encontravam. Relatou-se que muitas crianças se

²³³ Ibid., p. 16.

²³⁴ Ibid., p. 16.

²³⁵ Ibid., p. 16-17.

²³⁶ Ibid., p. 17.

²³⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Decisão da Sentença nos termos do Artigo 76 do Estatuto**, p. 17.

²³⁸ Ibid., p. 17.

²³⁹ Ibid., p. 18.

alistavam por uma questão de sobrevivência, motivadas pela fome da vida abaixo da linha da pobreza ou pelos maus tratos sofridos em casa, de forma que, assim como reconhecido pelo Tribunal, esse alistamento se tornava inválido como tese de defesa.²⁴⁰

É importante ressaltar, ainda, a importância que teve a proibição da prática de *witness proofing*. Diante de casos como o presente, pelos próprios motivos impulsionadores da criação do TPI, há uma grande comoção social e uma tendência a buscar respostas na punição dessas figuras criminosas. Assim, é relevante notar que a contribuição dos tribunais *ad hoc* e, principalmente, das críticas tecidas a eles se mostram na formação desse Tribunal permanente.

Consta uma lista de vantagens enumeradas pela Promotoria que a prática, que se deu em Ruanda e na Iugoslávia, teria: contribuição para a revisão detalhada dos fatos em função das acusações a serem exploradas e enfrentadas; auxílio à memória das testemunhas; antecipação às testemunhas no caso da invalidez ou proibição da abordagem de determinados assuntos em seu depoimento; desenvolvimento do testemunho para apresentação mais completa, precisa, organizada e eficiente diante do tribunal; possibilidade de aviso à Defesa em caso de qualquer reformulação da acusação ou mudança de rumo motivadas pelos testemunhos.²⁴¹

O dilema legal a respeito de *witness proofing* se baseia na permissão expressa no artigo 54 (3)(b) para que a Promotoria possa convocar e questionar testemunhas, concomitantemente à ausência de criminalização expressa da prática no art. 70 (1)(c)²⁴², que trata das Infrações contra a Administração da Justiça. Entretanto, essa ausência de proibição não garante por si só que a prática seja, portanto, permitida. Ademais, argumenta-se que, quando praticada de maneira abusiva e de forma a adulterar evidências, é abarcada pela ilicitude expressa no mesmo dispositivo.²⁴³ Nesse caso, haveria oposição justamente ao princípio adotado pela PTC de que as testemunhas de um crime são testemunhas da verdade ou do Tribunal, não pertencentes a uma das partes.²⁴⁴

²⁴⁰ Ibid., p. 18.

²⁴¹ AMBOS, 2009, p. 612-613.

²⁴² AMBOS, 2009, p. 602.

²⁴³ Ibid., 603.

²⁴⁴ Ibid., p. 602.

O *witness proofing*, como mencionado, fora adotado nos Tribunais *ad hoc* para Ruanda e a antiga Iugoslávia, que entendiam a prática como uma forma de esclarecer os depoimentos, sem envolver o treinamento de testemunhas, de modo que não seria prejudicial ao réu.²⁴⁵ Entende-se, portanto, inclusive pelos protestos da Defesa nos julgamentos, que esses Tribunais entendiam o risco de corrupção das evidências obtidas de tal forma, mas que acabaram por considerar que as vantagens o ultrapassavam.²⁴⁶

Ademais, *witness proofing* é uma prática comum ao sistema jurídico *common law* anglo-americano, que possui uma natureza adversarial.²⁴⁷ No caso do TPI, há uma mistura com a influência de diversos sistemas nacionais, com uma combinação do direito romano-germânico e do direito comum.²⁴⁸ Nessa perspectiva, embora nos países de *common law* possa haver benefício para a defesa na condução de entrevistas para testar e provar suas testemunhas, no caso do sistema misto do TPI, tal prática causa um forte desequilíbrio de poder, ferindo o princípio da paridade de armas, em virtude da superioridade de recursos da Promotoria.²⁴⁹ Nesse entendimento, a própria defesa de Lubanga se opôs à prática.²⁵⁰

A condenação de Thomas Lubanga apresentou opiniões dissidentes dos juízes Adrian Fulford e Odio Benito.²⁵¹ Como visto, Lubanga fora condenado como coperpetrador dos crimes contidos artigo 8 (2)(e)(vii) e responsabilizado segundo o artigo 25 (3)(a) do Estatuto. A opinião dissidente do juiz Fulford se relacionava com este último.²⁵² Como visto, a Câmara de Julgamento estabelece quatro formas de responsabilização do réu no artigo 25 do Estatuto de Roma, sendo elas: como coperpetrador (como foi julgado o acusado no caso), descrita no (3)(a); como ordenador, solicitador ou indutor (3)(b); por responsabilização acessória (3)(c); e por participação em grupo (3)(d).²⁵³

²⁴⁵ Ibid., p. 603-604.

²⁴⁶ Ibid., p. 604-605.

²⁴⁷ Ibid., p. 605.

²⁴⁸ Ibid., p. 614.

²⁴⁹ AMBOS, 2009, p. 614.

²⁵⁰ Ibid., p. 614.

²⁵¹ SHATZMAN, 2021, p. 20-21.

²⁵² Ibid., p. 20.

²⁵³ Ibid., p. 20-21.

O juiz Fulford, nesse caso, defendeu o posicionamento de que a participação indireta no crime também deveria poder ser enquadrada como coperpetração.²⁵⁴ Discordava, assim, de uma classificação das condutas com base em uma noção de responsabilização “principal” ou “acessória”.²⁵⁵ Ademais, defendeu que deveriam ter sido aplicados parâmetros mais brandos para a incursão da conduta de Lubanga sob o art. 25 (3)(a).²⁵⁶ Esses parâmetros se referem aos já mencionados 5 elementos para considerar sua responsabilização como coperpetrador, bem como ao do parágrafo 1013 do julgamento²⁵⁷, que expressa:

1013. A Câmara entende que a acusação deve estabelecer, em relação aos elementos volitivos, que:

- (I) o acusado e ao menos um outro perpetrador tencionava recrutar, alistar ou utilizar crianças menores de 15 anos para participar ativamente em hostilidades ou tinham ciência de que ao implementar seu plano em comum essa consequência “ocorreria no curso natural dos acontecimentos”; e
- (II) que o acusado estava ciente de que contribuía essencialmente para a implementação do plano em comum.²⁵⁸

Enfim, o juiz Fulford terminou por entender que, no caso de aplicação de um novo parâmetro para a responsabilização da conduta, os efeitos poderiam ser prejudiciais ao réu.²⁵⁹ Já a juíza Odio Benito defendeu que o conceito legal dos crimes pelos quais o réu foi acusado deveria ser expandido para englobar qualquer tipo de conflito armado, de forma independente de sua natureza, além de destacar a gravidade dos crimes sexuais que não foram sequer denunciados.²⁶⁰ Para a juíza Benito, as violações sexuais ocorridas deveriam ter sido abordadas

²⁵⁴ Ibid., p. 21.

²⁵⁵ Ibid., p. 20.

²⁵⁶ Ibid., p. 20.

²⁵⁷ Ibid., p. 20.

²⁵⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de Julgamento I. **Julgamento nos termos do Artigo 74 do Estatuto**. Thomas Lubanga Dyilo e Promotoria. Relator: Adrian Fulford. DJ, 14 mar. 2012, p. 437. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF>: “1013. The Chamber is of the view that the prosecution must establish, as regards the mental element, that: (i) the accused and at least one other perpetrator meant to conscript, enlist or use children under the age of 15 to participate actively in hostilities or they were aware that in implementing their common plan this consequence ‘will occur in the ordinary course of events’; and (ii) the accused was aware that he provided an essential contribution to the implementation of the common plan.” (tradução nossa)

²⁵⁹ SHATZMAN, 2021, p. 20.

²⁶⁰ Ibid., p. 21.

com sua própria categoria, de maneira separada das outras acusações e tendo compreendidas suas nuances de gênero.²⁶¹

Como segunda crítica, a juíza Benito defendeu que, ainda que diversas vítimas não tenham sido aprovadas para testemunhar no julgamento, deveriam ter tido garantido o direito de participação como vítimas, que não obtiveram devido ao caráter duplo da condição estabelecido pela corte para reconhecer tal status atrelado ao de testemunha.²⁶² Ademais, o juiz se posicionou de forma a discordar da desconsideração pela TC1 de diversas provas audiovisuais levantadas.²⁶³

A reunião de provas pela Promotoria sofreu retardos e dificuldades devido à principal fonte de evidência ser de natureza visual, testemunhal.²⁶⁴ No caso de Thomas Lubanga, bem como na maior parte dos casos envolvendo grupos armados e crimes de guerra, não há uma documentação dos atos criminosos por parte dos coperpetradores.²⁶⁵ Não havia, assim, registro detalhado acerca das crianças-soldado e suas identidades, grande parte das crianças não tinha sequer certidão de nascimento.²⁶⁶

Não somente a natureza da maior parte das evidências era limitada, como também o acesso a elas. A Promotoria enfrentou dificuldades para contatar testemunhas em território estrangeiro, fazer com que depusessem e que seu testemunho fosse credibilizado pela Câmara de Julgamento.²⁶⁷ Muitas evidências foram descartadas por fragilidades e inconsistências.²⁶⁸ Além disso, em primeiro lugar, a presença de funcionários do TPI no território estrangeiro, para a coleta de evidências e condução de entrevista com as vítimas, colocava-os em risco.²⁶⁹

²⁶¹ Ibid., p. 21.

²⁶² Ibid., p. 21.

²⁶³ Ibid., p. 22.

²⁶⁴ Ibid., p. 2.

²⁶⁵ Ibid., p. 3.

²⁶⁶ SHATZMAN, 2021, p. 3.

²⁶⁷ Ibid., p. 2.

²⁶⁸ Ibid., p. 2.

²⁶⁹ Ibid., p. 6.

Em Bunia, a mera presença de estrangeiros provocava reações negativas dos grupos armados, na medida em que qualquer um era suspeito de trabalhar para o Tribunal, sendo comum aos investigadores que visitavam a cidade presenciar indicadores de perigo, como barulhos de tiro e o bloqueio de estradas para outras cidades.²⁷⁰ Dessa forma, para evitar sua própria exposição a ataques ou desaparecimento, bem como a provocação das milícias, os investigadores não podiam tomar caminhos esperados, como a visita ou a contatação normal das escolas que as vítimas supostamente frequentaram – de modo que pudessem encontrar registros ou documentações – ou mesmo contatar as famílias das vítimas de maneira natural, tendo que se valer de meios alternativos.²⁷¹

Ademais, era perigoso para as próprias vítimas darem seus testemunhos para o caso, e, uma vez incluídos na lista de provas a serem preparadas por elas, a TC1 não permitia que fossem retirados, em razão da já referida consideração de que não pertenciam às partes tanto quanto eram componentes do Tribunal²⁷². E ainda assim, para aqueles que decidiam por testemunhar e alcançavam o caráter duplo vítima-testemunha, havia ainda a barreira de provar a confiabilidade e a credibilidade de seus relatos. Diferentemente de provas documentais e forenses, a evidência testemunhal é atravessada por subjetividades e condições naturais da mente humana, como o esquecimento. Havia se passado, afinal, anos dos acontecimentos que originaram o caso, além da existência de barreiras de comunicação linguísticas e culturais.²⁷³

Por fim, como o Tribunal permite a aplicação de princípios gerais provenientes de leis nacionais de forma subsidiária (artigo 21 (1)(c)), além de preencher brechas jurisdicionais, essa prática poderia ajudar a precisar entendimentos de normas muito gerais e aprimorar a forma de pensar e raciocinar a lei.²⁷⁴ Kai Ambos defende, assim, que deveria ter sido feita pela Câmara a análise e consideração de importantes sistemas de *common law*, de forma a alcançar um julgamento mais fundamentado.²⁷⁵

²⁷⁰ Ibid., p. 6.

²⁷¹ Ibid., p. 6.

²⁷² AMBOS, 2010, p. 986.

²⁷³ SHATZMAN, 2021, p. 4.

²⁷⁴ AMBOS, 2010, p. 989.

²⁷⁵ Ibid., p. 989.

4.3. Reparação às vítimas

No dia 4 de março de 2021, a Trial Chamber II (TC2), ou Câmara de Julgamento II, publicou uma versão pública de sua decisão para aprovar um programa de reparação à base de serviços – proposto por um parceiro do Trust Fund for Victims (TFV), ou Fundo Fiduciário para as Vítimas –, a serem prestados às vítimas. Essa decisão data de 14 de dezembro de 2020.²⁷⁶ O programa é composto por projetos que buscam o aprimoramento das saúdes física e mental, bem como da situação socioeconômica das pessoas afetadas pelos crimes. Objetiva-se a concessão de pensões mensais para subsistência, a realização de atividades que produzam renda, investimento em educação, escolas e cursos para profissionalização e formação acadêmica das vítimas.²⁷⁷

O processo conduzido até culminar na aprovação do programa começa com a decisão da TC1, no dia 12 de agosto de 2012, para o estabelecimento de princípios para a sua elaboração, sendo adicionadas alterações a essa decisão pela Câmara de Apelação, no dia 3 de março de 2015. Ao ser acionado, o TFV apresentou um esboço do plano em 3 de novembro de 2015.²⁷⁸

Em 15 de julho de 2016, após já ter ordenado a adição de informações ao plano em fevereiro, a TC2 realizou uma reunião para o desenvolvimento do programa apresentado pelo TFV, que contou com a presença de vítimas e de Estados e organizações experientes com o contexto dos crimes. Posteriormente, nos dias 11 e 13 de outubro, abriu-se a reunião para a presença e participação dos representantes legais das vítimas, do Gabinete do Conselho Público de Defesa das Vítimas, das ONGs The Women’s Initiative e Child Soldiers International, bem como para a defesa do acusado, de forma a discutir o plano de reparação.²⁷⁹

²⁷⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet.**

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**

²⁷⁹ *Ibid.*

No dia 21 de outubro de 2016, a TC2 aprovou um plano de reparação simbólica às vítimas elaborado pelo TFV, que não trouxe reparações materialmente significativas, mas serviu como um avanço em direção às conquistas posteriores. No dia 13 de fevereiro de 2017, o TFV apresenta o modelo do programa de reparação coletiva à base de serviços, que foi aprovado em 6 de abril do mesmo ano.²⁸⁰

Na data de sua aprovação, dá-se início aos preparos para que a implementação se concretize, como a escolha de empresas, instituições ou “parceiros” prestadores de serviços para a realização do projeto. Após essa primeira análise e antes da celebração de quaisquer contratos, o TFV deveria relatar à TC2 as conclusões sobre o andamento das negociações, para que fossem tomadas as decisões e se pudesse dar início à segunda fase de implementação.²⁸¹

Em 15 de dezembro de 2017, a TC2 fixou o valor que deveria ser pago por Thomas Lubanga para reparação às vítimas em torno de 10 milhões de dólares. No entanto, o condenado não usufruía de condições financeiras para tal, de forma que a Câmara teve de convocar o TFV para a análise da possibilidade de convocar o governo da República Democrática do Congo para esse auxílio, bem como descobrir outras formas de arrecadação para o fundo. Finalmente, desde sua implementação em março de 2021, definiu-se que o TFV deveria disponibilizar relatórios trimestrais a respeito dos avanços na implementação do programa de reparação coletiva das vítimas.²⁸²

CONCLUSÃO

O Tribunal Internacional permanente foi enfim jurisprudencialmente estabelecido com o julgamento de seu primeiro caso. Após meio século dos acontecimentos do Holocausto, origina-se a resposta internacional penal ideal às necessidades da época, que levaram à criação de Tribunais *ad hoc* – cujos efeitos não cessaram em Nuremberg e Tóquio, mas estabeleceram precedentes para que a história se repetisse em Ruanda e na antiga Iugoslávia.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet**

Ainda, com todas as críticas doutrinárias recebidas a respeito das violações aos princípios da legalidade e da irretroatividade penal, esses Tribunais foram importantes por sua contribuição jurisdicional; e em especial, no contexto pós Segunda Guerra, com o julgamento do Eixo, por corresponderem à resposta possível da época para a destruição sem precedentes perpetrada por indivíduos particulares por meio do Estado. Além de terem permitido a esses particulares um julgamento, ainda que com discutível imparcialidade, em lugar da execução indiscriminada, possibilitaram a inauguração dos conceitos de responsabilidade individual e de crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão.

Embora cercados de uma complexidade moral e jurídica muito discutida, os Tribunais *ad hoc* compuseram um observatório doutrinário e jurisprudencial que acabou por ser essencial na construção do TPI. Mesmo nos casos de Ruanda e antiga Iugoslávia, cujos julgamentos ocorreram quase concomitantemente ao de Lubanga, podem ser apontados marcos essenciais para o Direito Internacional Penal, a saber: o primeiro julgamento de um chefe de Estado por um Tribunal Internacional, na história, com Slobodan Milosevic; a equiparação do estupro a crime de genocídio e a responsabilização da mídia pela incitação de atos genocidas, em Ruanda.

Tudo isso foi possível graças ao desenvolvimento do DIDH e do DIH, que permitiu que o conceito de dignidade da pessoa humana e as ideias a respeito dos limites da guerra sobrevissem à inalcançabilidade do princípio da soberania dos Estados. Esse avanço, unido ao conteúdo histórico, jurídico e progressista legado pelos Tribunais, especialmente em Tóquio e Nuremberg, compôs as condições e concepções necessárias à redação do Estatuto e à criação do TPI.

O TPI nasce, então, da necessidade, entendida pela sociedade internacional, de estabelecer uma forma de controle de indivíduos em posições de poder por meio de uma jurisdição inaugural, permanente e anterior. É nesses termos, enfim, que se dá a condenação de Thomas Lubanga. Considerado culpado de alistar e recrutar crianças menores de 15 anos para participar em atos de guerra, teve sua condenação baseada no artigo 8 (2)(e)(vii) do Estatuto.

Por um lado, seu caso foi marcado por falta de colaboração e transparência da Promotoria quanto à proveniência de evidências; a aplicação de um “teste de controle geral”, caracterizado pela maior tolerância para considerar o conflito como internacional; a consideração posterior do conflito como não internacional (e ainda incurso no artigo 8 (2)(e)), em discordância do artigo 1 do Protocolo II adicional às Convenções de Genebra; a falha em abordar o assunto da exploração sexual de meninas, ressaltada inclusive pela juíza Odio Benito em sua opinião dissidente; a preferência dada ao artigo 77 (2) do Protocolo I adicional às Convenções de Genebra, que conferia menor proteção à criança-soldado, em detrimento do artigo 4 (3)(c) do Protocolo II; e a dificuldade em reunir provas e testemunhos válidos, não só pela escassa documentação dos atos criminosos e da identidade das vítimas, mas pelo perigo que a busca representava para investigadores – o que culminou na composição majoritariamente testemunhal e, portanto, subjetiva, das provas e o descarte de muitas evidências pela TC1.

Por outro, foi bem-sucedido em não repetir alguns erros cometidos em julgamentos de seus antecessores, por meio da proibição da prática de *witness proofing* e o mero exercício regular de aplicação da lei dentro dos mandamentos principiológicos do Direito, premissa do TPI. Isso por si só já corresponde a um avanço, inclusive pela contribuição jurisprudencial para a problemática legal das crianças-soldado, pela adição aos registros trazidos em Tribunal dos impactos humanos causados pela conduta e pelo estabelecimento de um projeto, ainda em curso, de reparação às vítimas – naturalmente, o primeiro do TPI, que consiste num antecedente a guiar futuros projetos e somar ao auxílio dos impactados pelos crimes que chegam ao Tribunal.

Assim como com todos os seus precedentes, o caso Lubanga inaugura possibilidades jurídicas e contribui não só histórica e jurisprudencialmente para o Direito Internacional Penal, com decisões e práticas positivas, mas também como caso a ser analisado, criticado e transformado em estudo para aprimoramento de futuros julgamentos do TPI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Andreia Alves de; JUNIOR, Oscar Francisco Alves. O Tribunal Penal Internacional, a violação em massa dos direitos humanos e a condenação paradigmática no caso Thomas Lubanga. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 137-154, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12257>>. Acesso em: 27 nov. 2022.
- AMBOS, Kai. Processando crimes internacionais em níveis nacional e internacional: justiça X Realpolitik. *In*: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Coord.). **Direito penal internacional, estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 75-90.
- AMBOS, Kai. The first confirmation decision of the International Criminal Court. *In*: KOTSALIS, L.; COURAKIS, N.; MYLONOPOULOS, C. (eds.). **Essays in honour of Argyrios Karras**. Atenas: Ant. N. Sakkoulas, 2010. p. 979-1003.
- AMBOS, Kai. “Witness proofing” before the ICC: neither legally admissible nor necessary. *In*: STAHN, C.; SLUITER, G. (eds.). **The emerging practice of the International Criminal Court**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 599-614.
- BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L.; GAMEIRO, António Ribeiro. A tipificação do crime de agressão na conferência de revisão em Kampala e sua aplicabilidade aos Estados signatários do Estatuto de Roma como medida necessária para a preservação dos direitos humanos. **Diálogos Possíveis**, Salvador, v. 14, n. 1, p. 115-127, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://revista.grupofaveni.com.br/index.php/dialogospossiveis/article/view/409>>. Acesso em: 4 dez. 2022.

BOITEUX, Luciana. Os princípios penais do estatuto Tribunal Penal Internacional à luz do direito brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Coord.). **Direito penal internacional, estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91-114.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 19.841**, de 22 de out. de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 849**, de 25 de jun. de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0849.htm>. Acesso em: 5 dez. 2022.

DOSWALD-BECK, Louise; VITÉ, Sylvain. International Humanitarian Law and Human Rights Law. **International Review of the Red Cross**, Cambridge, v. 33, n. 293, p. 94-119, Apr. 1993. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-review-of-the-red-cross-1961-1997/article/abs/international-humanitarian-law-and-human-rights-law/11DC778FBC9F40121DE21733D947B5CD>>. Acesso em: 12 dez. 2022.

FONSECA, José Roberto Franco da. O Tribunal Penal Internacional permanente. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 94, p. 281-293, 1999. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67443>>. Acesso em: 4 dez. 2022.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KUKINA, Sérgio Luiz. Apontamentos sobre o Tribunal Penal Internacional Permanente. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 48-59, abr./maio/jun. 2004. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1378>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

MATIOSSIAN, Vartan. Medz Yeghern, the Silenced Name: Language, Politics, and the Armenian Genocide. **International Journal of Armenian Genocide Studies**, Yerevan, v. 7, n. 1, p. 26-48, 2022. Disponível em: <<http://agmipublications.am/index.php/ijags/article/view/61>>. Acesso em: 29 dez. 2022.

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

NAÇÕES UNIDAS. International Residual Mechanism for Criminal Tribunals. The ICTR in Brief. Disponível em: <<https://unictr.irmct.org/en/tribunal>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

O direito por quem o faz – Resumo da decisão proferida no julgamento de Thomas Lubanga Dyilo pelo Tribunal Penal Internacional. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, 2012. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5570/>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

PAIVA, Caio Cezar. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PARLAMENTO DO MERCOSUL. Parlamento Mercosur. União interparlamentar. Disponível em: <<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/17805/2/parlasur/uni%C3%A3o-interparlamentar.html>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 98, p. 573-579, 2003. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67603>>. Acesso em: 9 nov. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAIZMAN, Daniel Andrés. O direito penal internacional. A necessidade de uma limitação discursiva. *In*: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. (Coord.). **Direito penal internacional, estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 35-54.

SASSÒLI, Marco; BOUVIER, Antoine A. **How does law protect in war?** cases, documents and teaching materials on contemporary practice in International Humanitarian Law. 2nd ed. Genebra: International Committee of the Red Cross, 2006. 3 v.

SEGUCHI, Erika. Breves considerações sobre a situação do Japão no ano de 1945 e no período inicial do pós II Guerra Mundial, e a decisão dos aliados em criar o Tribunal Militar Internacional para o extremo oriente - TMIEO (Tribunal de Tóquio). **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 11, n. 21, p. 65-92, 2011. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/988>>. Acesso em: 11 dez. 2022.

SHATZMAN, Aliza. The prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo: persistent evidentiary challenges facing the International Criminal Court. **George Mason International Law Journal**, Fairfax, v. 12, n. 2, p. 1-38, 2020/2021. Disponível em: <<https://www.gmuilj.org/wp-content/uploads/2021/07/Vol-12-Issue-2.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

SILVA, Alexandre Pereira da. Direito internacional penal (direito penal internacional?): breve ensaio sobre a relevância e transnacionalidade da disciplina. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, n. 62, p. 53-83, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p56>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

SILVA, Evandro Lins e. A associação internacional de direito penal. **IBCCRIM**, 2000. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/2705/>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos direitos humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, n. 12, p. 9-31, jul./set. 2004. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-12-julho-setembro-de-2004/o-tribunal-penal-internacional-e-a-protecao-aos-direitos-humanos-uma-analise-do-estatuto-de-roma-a-luz-dos-principios-do-direito-internacional-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 11 dez. 2022.

TOMUSCHAT, Christian. The Legacy of Nuremberg. **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, v. 4, n. 4, p. 830-844, Sept. 2006. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jicj/article/4/4/830/802420>>. Acesso em: 11 dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Assembly of State Parties to the Rome Statute. Crime of Aggression – Amendments Ratification. Disponível em: <<https://asp.icc-cpi.int/crime-of-aggression>>. Acesso em: 4 dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de Julgamento I. **Julgamento nos termos do Artigo 74 do Estatuto**. Thomas Lubanga Dyilo e Promotoria. Relator: Adrian Fulford. DJ, 14 mar.

2012. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_03942.PDF>. Acesso em: 15 dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Câmara de Julgamento I. **Decisão da Sentença nos termos do Artigo 76 do Estatuto**. Thomas Lubanga Dyilo e Promotoria. Relator: Adrian Fulford. DJ, 10 jul. 2012. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/06-2901>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Case Information Sheet: The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo**. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 2 dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Resolução RC/Res.6**. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. ICTY. About the ICTY. Disponível em: <<https://www.icty.org/en/about>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. ICTY. Infographic: ICTY Facts & Figures. Disponível em: <<https://www.icty.org/node/9590>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

VALÉRY, F. D.; MOREIRA, T. O. Justiça criminal em construção: o Tribunal Penal Internacional e o caso Lubanga. **Revista de Direito Brasileira**, v. 4, n. 3, p. 184-213, jan.-abr. 2013. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2634>>. Acesso em: 8 nov. 2022.

VERDROSS, Alfred. Jus dispositivum and jus cogens in international law. **The American Journal of International Law**, Washington, v. 60, n. 1, p. 55-63, Jan. 1966. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/jus-dispositivum-and-jus-cogens-in-international-law/097F29F2F771CA3F7F12E3C01D5DDE1C>>. Acesso em: 4 dez 2022.