



**A RESPONSABILIDADE SUPERIOR**  
**- REFLEXÕES EM TORNO DA FIGURA -**

RITA GOMES DE SOUSA

**Porto**

**Outubro de 2015**



**Universidade Católica Portuguesa**

**Centro Regional do Porto**

**Escola de Direito**

**Mestrado em Direito Criminal**



**A Responsabilidade Superior  
- Reflexões em torno da figura –**

**RITA GOMES DE SOUSA**

**Dissertação de Mestrado em Direito Criminal**

**Sob a orientação do Senhor Professor Doutor Nuno Pinheiro Torres**

**Porto, outubro de 2015**

## **AGRADECIMENTOS**

*Ao Senhor Professor Doutor Nuno Pinheiro Torres, pela excelente orientação e enormíssima disponibilidade apesar dos seus múltiplos afazeres, bem como por toda a preocupação manifestada e tempo despendido em prol deste trabalho.*

*À minha avó, pela preocupação incomensurável.*

*Aos meus pais, a quem devo tudo o que sou e a quem dedico este trabalho com todo o meu amor.*

*Aos meus irmãos, pela cumplicidade e amizade que está muito para além do que sou capaz de exprimir aqui.*

*Aos meus amigos, pela amizade e pelo apoio, por acreditarem em mim e, sobretudo, pela paciência.*

# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	6
INTRODUÇÃO.....	7
1º CAPÍTULO	
Origem e evolução da doutrina da responsabilidade superior .....	8
1.1. Perspetiva histórica .....	8
1.2. A sua autonomização face ao contexto puramente militar .....	12
2º CAPÍTULO	
A responsabilidade superior no âmbito do Estatuto de Roma do TPI.....	16
2.1. A responsabilidade criminal individual e a responsabilidade superior. Confrontação entre as normas dos artigos 25.º e 28.º do Estatuto de Roma. ....	16
2.2. A responsabilidade do superior como responsabilidade por omissão .....	19
2.3. A responsabilidade dos superiores por ofensas cometidas pelos subordinados antes de assumirem o controlo. Breve referência ao caso <i>HADŽIHASANOVIĆ</i> .....	24
3º CAPÍTULO	
Elementos da responsabilidade de comando .....	28
3.1. Elemento objetivo ( <i>actus reus</i> ) .....	28
3.1.1. Existência de uma relação de subordinação .....	28
3.1.2. A omissão do superior.....	32
3.1.2.1. Medidas “necessárias e adequadas ao seu alcance” .....	32
3.1.2.2. “Prevenir ou reprimir ou levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes” .....	34
3.1.2.3. Exclusão da causalidade como elemento da responsabilidade superior ....	35
3.2. Elemento subjetivo ( <i>mens rea</i> ).....	38
3.2.1. Chefe militar e superior hierárquico não militar: “teve conhecimento” .....	40
3.2.2. Chefe militar: “deveria ter tido conhecimento” .....	41
3.2.3. Superior civil: “deliberadamente ter desconsiderado informação que indicava claramente”.....	46
CONCLUSÃO.....	48
FONTES E BIBLIOGRAFIA .....	52

## **ABREVIATURAS**

art. – artigo

al. – alínea

a.C – antes de Cristo

CIVC – Comité Internacional da Cruz Vermelha

ETPI – Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

ETPIJ – Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia

ETPIR – Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

i.e – isto é

n.º - número

PACG – Protocolo Adicional às Convenções de Genebra

ss – e seguintes

TMI – Tribunal Militar Internacional (de Nuremberga)

TMIEO – Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente

TPI – Tribunal Penal Internacional (permanente)

TPIJ – Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia

TPIR – Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

## INTRODUÇÃO

O direito penal internacional repousa sobre o princípio da responsabilização criminal dos agentes que perpetraram crimes internacionais.

O Estatuto do TPI, adotado em Roma em 17 de julho de 1998, logo no Preâmbulo, recorda que, no decurso do século XX “*milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da Humanidade*” e reconhece que “*crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da Humanidade*” pelo que, “*não devem ficar impunes e a sua repressão deve ser efectivamente assegurada*”<sup>1</sup>.

Tal responsabilidade afigura-se, a maioria das vezes, como uma responsabilidade direta, i.e, baseada na comissão do crime propriamente dita; na indução (“*ordenar, provocar ou instigar*”); na assistência (colaboração sob a forma de cumplicidade ou encobrimento); ou na contribuição para um crime cometido por um grupo de pessoas com um objetivo comum.

No entanto, os crimes internacionais são usualmente levados a cabo durante conflitos armados e perpetrados por uma pluralidade de agentes, o que dificulta, em muito, a tarefa de determinar a responsabilidade criminal individual de cada indivíduo que contribuiu para a comissão de um determinado crime internacional.

Assim, não é de admirar que a comunidade internacional – com o objetivo de combater e reduzir a impunidade – tenha desenvolvido outras formas de responsabilidade, nomeadamente a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, atualmente prevista no art.28.º do ETPI.

A responsabilidade superior constitui uma forma de responsabilidade *sui generis* cujo cerne é a falha em adotar as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance de modo a prevenir ou punir os atos criminosos dos subordinados. Deste modo, o superior, militar ou não, é sancionado por virtude de um controlo ou supervisão deficientes e não pela participação no crime cometido pelo seu subordinado.

Dedicaremos as primeiras linhas deste estudo à investigação das raízes legais e da história do princípio da responsabilidade de comando, seguindo-se uma análise da sua evolução e respetivo regime, procurando, sempre que possível, referenciar a doutrina e jurisprudência correspondentes.

---

<sup>1</sup>Apud Anabela Rodrigues (2003:60)

# 1º CAPÍTULO

## Origem e evolução da doutrina da responsabilidade superior

### 1.1. Perspetiva histórica

A doutrina da responsabilidade superior tem as suas raízes na esfera militar. Nas palavras de W.H. Parks "*command has always imposed responsibility*"<sup>2</sup>.

Neste instituto, a responsabilização deriva de uma falha em agir, consequência da existência de um dever jurídico nesse sentido. Um estudo realizado pelo comité internacional da Cruz Vermelha (CICV), revela o seguinte: "*Commanders and other superiors are criminally responsible for war crimes committed by their subordinates if they knew, or had reason to know, that the subordinates were about to commit or were committing such crimes and did not take all necessary and reasonable measures in their power to prevent their commission, or if such crimes had been committed, to punish the persons responsible*"<sup>3</sup>.

As origens da doutrina da responsabilidade de comando remontam a tempos imemoriais. Com efeito, a primeira manifestação da responsabilidade de comando surge com o *Código de Hammurabi* (1792-1750 a.C), onde o seu art. 116.º atribuíu responsabilidade ao "*chefe do prisioneiro caso este morresse na prisão*"<sup>4</sup>.

Esta problemática foi também abordada por Sun Tzu, na sua obra *A Arte da Guerra* (500 a.C), onde o autor refere que "*quando as tropas fogem, se mostram insubordinadas, desorientadas, desordenadas ou arrebanhadas, a culpa cabe ao general. Nenhuma causa natural o provoca*"<sup>5</sup>, traduzindo a ideia de que os comandantes militares são responsáveis pelos comportamentos das suas tropas.

Também no âmbito dos códigos nacionais se afirmaram alguns ideais da doutrina de comando. O mais significativo código nesta matéria foi a primeira *Ordinance of Orléans* emitida em 1439 por Carlos VII onde se sustentava a responsabilização dos comandantes<sup>6</sup>, sem contudo especificar qual o nível de conhecimento necessário para haver lugar a punição dos mesmos.

---

<sup>2</sup> Apud Sonja Suominen (2001:754)

<sup>3</sup> Apud Boas, Bischoff & Reid (2007:143)

<sup>4</sup> Francisco Leandro (2006:84)

<sup>5</sup> Apud Boas, Bischoff & Reid (2007:145)

<sup>6</sup> "*King orders that each captain or lieutenant be held responsible for the abuses, ills and offenses committed by members of his company, and that as soon as he receives any complaint concerning any*

O primeiro reconhecimento a nível internacional da responsabilidade criminal individual pela falha na prevenção ou punição da conduta dos subordinados - o que posteriormente viria a ser designado por “*responsabilidade superior*” - ocorreu, pela primeira vez, em 1474 quando o cavaleiro Peter von Hangenbach foi julgado por um tribunal *ad hoc* e condenado por ter permitido que tivessem lugar uma série de assassinatos e violações, confisco de bens, entre outros. Os 28 juízes provenientes dos Estados aliados do Sacro Império Romano consideraram que Peter, enquanto cavaleiro, tinha o dever e estava em posição de prevenir tais crimes<sup>7</sup>.

Vestígios deste princípio podem igualmente ser encontrados na obra *Artigos de Guerra* de 1621, onde Gustavo Adolfo da Suécia escreve: “*Nem Coronel, nem Capitão conduzirão os seus subordinados à prática de atos ilegais. Se tal suceder, serão submetidos ao critério dos magistrados*”<sup>8</sup>.

Também Hugo Grócio, considerado o “*pai*” do direito internacional, fez referência ao princípio da responsabilidade superior na sua obra *De Jure Belli Ac Pacis*, de 1625<sup>9</sup>.

Quanto a códigos modernos - já durante a Guerra Civil Americana, em 1863 - destaca-se o *Lieber Code* que regulamentava o comportamento das tropas americanas e que previa, no seu art. 71.º, um aforamento da doutrina de comando ao estabelecer que as ordens concretamente dadas ou o simples encorajamento dos soldados a comportamentos ilícitos gerava responsabilidade criminal dos comandantes<sup>10</sup>.

As Convenções de Haia de 1907 também fazem referência ao conceito, dispondo o n.º 1 do seu art. 1.º que os membros das forças armadas devem “*ser comandados por uma pessoa responsável pelos seus subordinados*”<sup>11</sup>.

---

*such misdeed or abuse, he bring the offender to justice so that the said offender be punished in a manner commensurate with his offense, according to these ordinances. If he fails to do so or covers up the misdeed or delays taking action, or if, because of his negligence or otherwise, the offender escapes and thus evades punishment, the captain shall be deemed responsible for the offense as if he had committed it himself and be punished in the same way as the offender would have been”. Apud Charles Garraway (2009:705)*

<sup>7</sup> Eugenia Levine (2005).

<sup>8</sup> L.C.Green (1995:321)

<sup>9</sup> Hugo Grócio afirmou que “*A community, or its rulers, may be held responsible for the crime of a subject if they knew it and do not prevent it when they could and should prevent it*”. Apud Boas, Bischoff & Reid (2007:145)

<sup>10</sup> Ana Pais (2013:60)

<sup>11</sup> Almiro Rodrigues (2006:327)

Podemos afirmar que, gradualmente, a comunidade internacional foi assistindo a sucessivas iniciativas de luta contra a impunidade e de luta pela responsabilização penal dos mais poderosos pelos comportamentos atentatórios à dignidade humana.

Apesar de podermos encontrar referências a este tipo de responsabilidade nos casos acima referenciados, a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos somente foi desenvolvida no pós Guerra Mundial II, onde casos como: “*The High Command*”, “*Yamashita*”, “*Hostages*” e “*Abbaye Ardenne*”<sup>12</sup> contribuíram decisivamente para a evolução do instituto em apreço.

ANA PAIS considera o caso *Yamashita* “*um ponto marcante na definição do conceito*”<sup>13</sup>. Tomoyuki Yamashita comandava o exército japonês nas Filipinas durante a Segunda Guerra Mundial. O militar japonês foi considerado responsável por uma série de violações e homicídios perpetrados pelas tropas sob o seu comando, vindo a ser condenado pelo facto de não ter exercido um controlo efetivo sobre as mesmas. No entanto, o veredicto do Tribunal Militar americano e, posteriormente, do Supremo Tribunal dos EUA deixaram alguns aspetos da doutrina por clarificar, nomeadamente o *mens rea* necessário para fundamentar uma condenação baseada neste princípio<sup>14</sup>. O Supremo Tribunal dos EUA rejeitou o recurso do General afirmando que: “*As leis da guerra pressupõem que a sua violação deve ser evitada através do controle das operações militares pelos comandantes que são os responsáveis pelos seus subordinados*”<sup>15</sup>. Ambos os tribunais apoiaram a sua decisão na magnitude dos crimes perpetrados, rejeitando a argumentação tecida pela defesa que se baseava no facto de o General se encontrar nas montanhas de Baguio, sem ter conhecimento do que se passava.

Críticas mordazes foram de imediato dirigidas aos veredictos em apreço. A objeção mais forte residiu no facto de ambos os tribunais terem adotado um padrão de responsabilidade demasiado amplo, responsabilizando o General somente em virtude da sua posição de comandante das forças Japonesas e do carácter generalizado das ofensas cometidas, não tendo ficado provado o seu conhecimento. Fruto das controvérsias deste

---

<sup>12</sup> Acerca deste processo, *vide* L.C.Green (1995:335 ss)

<sup>13</sup> Ana Pais (2013:56)

<sup>14</sup> Micaela Frulli (2010:439)

<sup>15</sup> *Apud* Micaela Frulli (2010:439-440)

processo, *METTRAUX* caracteriza a responsabilidade de comando como “*uma doutrina nascida em pecado*”<sup>16</sup>.

Como iremos ter oportunidade de observar, a evolução da doutrina de comando deveu-se, em muitos aspetos, a reações e contra reações ao caso *Yamashita*.

Em particular, quanto ao problema do conhecimento, o Tribunal Militar americano no caso *Hostages* aplicou o *standard* “*should have known*” e limitou o designado “*duty to know*” – que considerou inerente à posição de comando – à informação já disponibilizada<sup>17</sup>, sublinhando que tal facto não excluía o dever de tomar as medidas necessárias e adequadas a obter esse conhecimento. O Tribunal Militar dos EUA considerou, deste modo, que a ocorrência de crimes em larga escala não é, por si só, suficiente para responsabilizar o superior: é necessário que informação nesse sentido seja recebida pelo comandante.

Visão ainda mais restritiva adotou o tribunal no caso *High Command* ao rejeitar claramente o conceito de responsabilidade objetiva:

*“in order for a commander to be criminally liable for the actions of his subordinates there must be a personal dereliction which can only occur where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part tantamount to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence”*<sup>18</sup>.

O Tribunal considerou ser imprescindível a prova do *mens rea* do superior, rejeitando a presunção de conhecimento com base na posição de comando. Por outras palavras, considerou que o superior hierárquico deve ter um conhecimento efetivo dos comportamentos ilícitos dos subordinados ou, em alternativa, tê-los autorizado<sup>19</sup>.

De facto a responsabilidade superior não se confunde com a responsabilidade objetiva: esta última não pressupõe a verificação do requisito *mens rea*. Se de responsabilidade objetiva se tratasse, o superior poderia ser responsabilizado pelo crime cometido pelo subordinado mesmo que não ficasse provado o seu conhecimento. Como refere MELANIE O’BRIEN: “*A commander is not held responsible by mere fact of*

---

<sup>16</sup> *Apud* Ana Pais (2013:58)

<sup>17</sup> Eugenia Levine (2005)

<sup>18</sup> *Apud* Eugenia Levine (2005)

<sup>19</sup> Francisco Almeida (2009:255)

*position alone; rather, there must be some kind of intent involved, and if not malicious intent, at least negligence*”<sup>20</sup>.

A temática da responsabilização penal de militares e outros superiores hierárquicos mereceu igualmente uma análise por parte do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente que, no julgamento contra o Almirante japonês Soemu Toyoda, declarou o seguinte:

*“the principle of command responsibility applies to the commander who knew, or should have known, by use of reasonable diligence’ of his subordinates’ unlawful actions”*<sup>21</sup>.

Não obstante toda a teorização jurisprudencial resultante do TMI e do TMIEO, as Convenções de Genebra de 1949 não adotaram qualquer preceito relativo à responsabilidade superior, embora a responsabilidade por omissão decorra de vários artigos<sup>22</sup>. Só em 1977, com o Protocolo Adicional I às quatro Convenções de Genebra de 1949 surge o primeiro instrumento internacional onde a noção da responsabilidade superior é plasmada no art. 86.º n.º 2. O art. 86º enumera as situações de onde emerge responsabilidade por omissão dos superiores hierárquicos; por sua vez, o art. 87.º estabelece os deveres dos comandantes. Apesar de o texto legal não especificar a natureza da responsabilidade, não podemos deixar de concordar com MICAELA FRULLI quando a autora afirma que *“the “failure to act” formula clearly points at a form of responsibility by omission”*<sup>23</sup>.

Não obstante o relevo de tais disposições, foi o contributo da jurisprudência dos tribunais penais internacionais para a ex-Jugoslávia (1993) e para o Ruanda (1994) que fez erguer a doutrina da responsabilidade de comando tal como hoje a percebemos.

## **1.2. A sua autonomização face ao contexto puramente militar**

No comentário ao art. 86.º do Protocolo Adicional I de 1977, o Comité Internacional da Cruz Vermelha afirma, em jeito de lamentação, que: *“history is full of examples of civilian authorities which have been guilty of war crimes; thus not only*

---

<sup>20</sup> Melanie O’Brien (2010:538)

<sup>21</sup> *Apud* Eugenia Levine (2005)

<sup>22</sup> Almiro Rodrigues (2006:328)

<sup>23</sup> Micaela Frulli (2010:443)

*military authorities are concerned*<sup>24</sup>. Contudo, a prática judicial tem vindo a demonstrar que são escassas as condenações de superiores civis mediante a aplicação da doutrina em análise, e que as condenações obtidas são geralmente secundárias em relação à responsabilidade direta<sup>25</sup>.

Pela primeira vez, o art. 28.º do Estatuto distingue claramente entre chefes militares na sua al. a), e outras autoridades civis na al. b), apresentando *standards* subjetivos distintos em relação a cada um deles.

Num primeiro momento, a doutrina de comando era apenas aplicada dentro do contexto militar. O TMI limitou esta forma de responsabilidade a chefes militares, contribuindo para uma tendência de responsabilização exclusiva de oficiais da mais alta patente. Só com o TMIEO se inverteu a referida tendência responsabilizando-se, de igual modo, superiores não militares por atos omissivos relativamente a comportamentos criminais dos seus subalternos. De igual modo, os artigos 86.º n.º2 e 87.º do Protocolo Adicional I de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 oferecem suporte ao alargamento da responsabilidade superior a pessoal não militar.

A questão da responsabilização dos superiores civis somente teve maior impacto com o surgimento dos Tribunais Penais Internacionais para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda. Tanto o TPIJ como o TPIR afirmaram a responsabilização dos superiores civis pelas condutas dos subalternos como um princípio do direito internacional costumeiro. Neste sentido se pronunciou o TPIR no âmbito do processo *Kayishema & Ruzindana*:

“[...] *the application of criminal responsibility to [...] civilians who wield the requisite authority is not a contentious one*”<sup>26</sup>;

e no processo *Bagilishema*:

“*there can be no doubt [ . . . ] that the doctrine of command responsibility extends beyond the responsibility of military commanders to encompass civilian superiors in positions of authority*”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> *Apud* Sonja Suominen (2001:769)

<sup>25</sup> *Yaël Ronen* (2010:316)

<sup>26</sup> *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case n.º ICTR-95-1-T, Trial Chamber, Judgement 21.5.1999, ¶ 213.

<sup>27</sup> *Apud* Jamie Williamson (2002:367)

Por sua vez, o TPIJ explicitou claramente esta ideia tanto no processo *Aleksovski*:

“ [...] *it does not matter whether he was a civilian or a military superior* [...]”<sup>28</sup>.

Fê-lo igualmente no âmbito do célebre processo *Čelebići*<sup>29</sup>:

“ [...] *the applicability of the principle of superior responsibility in Article 7(3) extends not only to military commanders but also to individuals in non-military positions of superior authority*”<sup>30</sup>.

Assim, os superiores civis podem ser responsabilizados sob o princípio da responsabilidade de comando desde que exerçam controlo e autoridade efetivos sobre os autores dos crimes, no sentido de possuir a capacidade material de impedir os ilícitos típicos ou de punir os seus agentes.<sup>31</sup>

As conclusões alcançadas nos casos julgados nos Tribunais Internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda culminaram na redação do atual art. 28.º do Estatuto que de forma meritória estabeleceu requisitos subjetivos distintos para chefes militares e para autoridades civis.

Nesta medida, cumpre-nos destacar a posição de BEATRICE BONAFÉ<sup>32</sup> que defende a manutenção do conceito *command responsibility* em detrimento da designação *superior responsibility*. Para justificar a sua posição a autora invoca um argumento histórico: a responsabilidade de comando tem sido essencialmente bem sucedida relativamente a crimes internacionais ocorridos num contexto exclusivamente militar. Não sendo nossa intenção sobrevalorizar o aspeto terminológico, julgamos que aquela posição não se compatibiliza com a aplicação do regime em questão ao contexto

---

<sup>28</sup> *Prosecutor v. Aleksovski*, Case n.º IT-95-14/1-A, Appeals Chamber, Judgement 24.3.2000, ¶ 76.

<sup>29</sup> O processo *Čelebići* foi o primeiro caso perante o TPIJ onde a questão da responsabilização de superiores não pertencentes à esfera militar foi colocada. No entanto, apenas no processo *Kordić* o TPIJ teve oportunidade de condenar, pela primeira vez, um superior não militar. Para uma análise mais detalhada sobre este processo *vide* Maria Nybondas (2003:59 ss)

<sup>30</sup> *Prosecutor v. Delalić & others*, Case n.º IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgement 16.11.1998, ¶ 363.

<sup>31</sup> Neste sentido *vide* Yael Ronen (2010:349); Jamie Williamson (2002:367-368); Gerhard Werle (2014:225)

<sup>32</sup> Beatrice Bonafé (2007:617)

puramente civil. Nesta medida, parece-nos mais adequado optar pela designação mais abrangente: responsabilidade superior<sup>33</sup>.

Em jeito de conclusão, como acentua OTTO TRIFFTERER: *“Article 28 does not open a new dimension of command responsibility, but merely clarifies that criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court does exist equally for military commanders and all other superiors acting in relationship with subordinates”*<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Apesar da nossa preferência pelo conceito de responsabilidade superior, iremos, ao longo deste trabalho, servir-nos das duas expressões indiferenciadamente, como sinónimas.

<sup>34</sup> Otto Triffterer (2002:186)

## 2º CAPÍTULO

### **A responsabilidade superior no âmbito do Estatuto de Roma do TPI**

A responsabilidade criminal dos chefes militares e outros superiores hierárquicos consubstancia uma criação jurídica inovadora do direito penal internacional, sem qualquer paradigma conhecido no direito interno.

Foi inicialmente com a criação do TMI e do TMIEO, e posteriormente com a criação dos tribunais *ad hoc* que se rompeu com a impunidade e a lógica da justiça dos mais poderosos. No entanto, apesar da importância de que se revestiram esses tribunais, não oferece dúvidas que foi a adoção do Estatuto de Roma o marco de maior relevância no desenvolvimento da justiça penal internacional.

No ano de 1998, cerca de 150 nações reuniram-se em Roma para negociar a instituição do primeiro Tribunal Criminal Internacional Permanente. O Estatuto de Roma criou o Tribunal Penal Internacional que fez culminar no seu art. 28º o resultado de um longo processo de construção jurisprudencial.

Neste capítulo propomo-nos a analisar os progressos ilustrados naquele preceito de modo a tomar posição acerca da natureza dogmática da doutrina em questão que, por sua vez, constitui um dos instrumentos legais cuja criação tem por objetivo superar uma das dificuldades inerentes ao direito internacional criminal: a determinação da ligação entre o crime base – crimes perpetrados pelos indivíduos – e os acusados, na sua grande maioria chefes militares ou políticos que ocupam cargos de topo.

#### **2.1. A responsabilidade criminal individual e a responsabilidade superior. Confrontação entre as normas dos artigos 25.º e 28.º do Estatuto de Roma.**

Veja-se, a respeito da responsabilidade penal individual, o afirmado pelo TMI: *“os crimes contra o direito internacional são praticados por homens e não por entidades abstractas, sendo que unicamente através da punição dos indivíduos responsáveis poderão as normas de direito internacional penal ser executadas e, por consequência, não comprometer, sem remissão, o seu sentido útil”*<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> *Apud* Francisco Almeida (2009:193)

A responsabilidade criminal individual e, em particular, a responsabilidade de comando representam, para muitos, uma fonte de esperança no sentido em que constituem um instrumento fundamental para dissuadir os abusos aos direitos humanos através da punição dos crimes internacionais. Na sua grande maioria, constituem crimes perpetrados no seio de um ataque generalizado e apenas podem ser levados a cabo por grupos hierarquicamente organizados, ou que, pelo menos, contam com a intervenção de uma pluralidade de agentes<sup>36</sup>.

Como sucede no direito nacional interno, também a comunidade internacional dispõe de um ramo penal que prevê a “*responsabilidade directa dos indivíduos pela prática de actos ilícitos particularmente graves*”<sup>37</sup>.

Num primeiro momento, quando se pretende averiguar a responsabilidade de um superior hierárquico à luz do direito internacional criminal, começamos por distinguir se estamos perante uma conduta ativa ou omissiva. Tratando-se de uma ação, cairemos sob a alçada do art. 25.º e o superior responderá de acordo com as regras gerais de imputação. Pelo contrário, se o que estiver em causa for uma conduta omissiva, será aplicável o art. 28.º do Estatuto quando se verifique uma violação (tanto na forma dolosa como negligente) do dever de controlo por parte do superior<sup>38</sup>.

Nas palavras de KAI AMBOS<sup>39</sup>, a responsabilidade penal do superior está presente quer este dê uma ordem – responsabilidade por um ato positivo - quer se abstenha de um determinado comportamento – responsabilidade por uma conduta omissiva. A este propósito refere que, embora existam diferenças conceptuais entre as formas de responsabilidade, elas são “*diferentes faces da mesma moeda*”.

No âmbito do ETPI, o desencadeamento da responsabilidade superior resulta da violação do preceituado no art. 28.º do referido Estatuto. A previsão legal do art. 28.º ao incorporar a expressão “*para além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto*” refere-se especialmente aos n.º 2 e n.º 3 do art. 25.º<sup>40</sup>. Deste modo, o art. 28.º não pretende substituir, mas antes complementar as formas de participação previstas no n.º 3 do art. 25.º<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> Ana Pais (2013:163)

<sup>37</sup> Francisco Almeida (2009:24)

<sup>38</sup> Ana Pais (2013:158)

<sup>39</sup> Kai Ambos (1999:568)

<sup>40</sup> Gerhard Werle (2009:189)

<sup>41</sup> Otto Triffterer (2002:186)

A responsabilidade superior – por contraposição à responsabilidade direta – assume-se como uma forma de responsabilidade *sui generis*. Isto porque: a responsabilidade criminal resulta de uma omissão, sendo que as condutas omissivas não estão reguladas no Estatuto; e porque abarca a negligência, quando de acordo com o art. 30.º as condutas negligentes “*salvo disposição em contrário*” não serão punidas. As duas formas de responsabilidade criminal em análise distinguem-se tanto ao nível objetivo como subjetivo. Em relação ao elemento objetivo, de acordo com o afirmado pelo TPIJ no processo *Strugar*<sup>42</sup>, a responsabilidade direta não tem como pressuposto o estabelecimento de uma relação superior subordinado, ao passo que – como iremos ver no capítulo que se segue – essa relação constitui um traço fundamental da doutrina de comando. Por sua vez, o TPIR no processo Akayesu<sup>43</sup> concluiu que, enquanto na responsabilidade direta o conhecimento efetivo é um elemento essencial em ordem à responsabilização criminal, na doutrina de comando o conhecimento real não se afigura como um requisito necessário<sup>44</sup>.

Entre nós, ANA PAIS<sup>45</sup> considera que se trata de “*dois tipos de responsabilidade mutuamente excludentes*” e, conseqüentemente, caberá ao tribunal optar pela forma de responsabilidade mais adequada perante a realidade do caso concreto. Não podemos deixar de concordar plenamente com esta tomada de posição. Parece-nos que qualquer outro entendimento colidirá frontalmente com uma garantia básica do processo penal consagrada no art. 20.º do ETPI: o princípio do *ne bis idem*; o mesmo será dizer, a proibição do duplo julgamento pelos mesmos factos. Neste sentido, o ETPI destaca esta distinção entre as duas formas de responsabilidade autonomizando cada uma delas em previsões legais sistematicamente distanciadas.

KAI AMBOS<sup>46</sup> considera que a generalidade dos casos de responsabilidade penal do superior se baseiam em ordens dadas com objetivo de levar a cabo determinada ação criminosa. Para o autor, a responsabilidade de comando atua como uma forma

---

<sup>42</sup> Vide *Prosecutor v. Strugar*, Case n.º IT-01-42-T, Trial Chamber, Judgement 31.1.2005, ¶ 331.

<sup>43</sup> Vide *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case n.º ICTR-96-4-T, Trial Chamber, Judgement 2.9.1998, ¶ 479.

<sup>44</sup> Ana Pais (2013:85)

<sup>45</sup> Ana Pais (2013:86)

<sup>46</sup> Kai Ambos (1999:568-569)

subsidiária<sup>47</sup> da responsabilidade penal no caso de impossibilidade de imputar essas ordens ao acusado.

Centremo-nos no seguinte exemplo<sup>48</sup>: o líder de um grupo organizado é suspeito de ter ordenado aos seus soldados a violação e conseqüente homicídio de todas as mulheres de uma certa região. Vamos assumir que de fato os crimes em questão ocorreram e que os soldados foram identificados como perpetradores. Não obstante, não se consegue apurar se a ordem foi do líder ou se agiram por livre e espontânea vontade. Neste cenário, não sendo possível provar a responsabilidade direta, poderá responsabilizar-se criminalmente o líder se ele conhecia ou, pelo menos, deveria ter tido conhecimento do cometimento dos crimes e incumpriu o seu dever de prevenção ou punição. Nestes termos, a doutrina de comando funciona como uma rede de segurança<sup>49</sup> quando não se consegue provar uma responsabilidade direta, limitando, assim, as situações de impunidade dos superiores hierárquicos.

Autores como GERHARD WERLE<sup>50</sup> e OTTO TRIFFTERER<sup>51</sup> seguem a tendência da jurisprudência do TPIJ<sup>52</sup> e do TPIR<sup>53</sup> no sentido da preferência pela responsabilidade direta em detrimento da responsabilidade superior.

## **2.2. A responsabilidade do superior como responsabilidade por omissão**

Uma importante distinção entre a doutrina de comando e as outras formas de responsabilidade relaciona-se com o facto de a primeira ser uma responsabilidade por omissão - requer-se, deste modo, a inobservância de um dever: o dever do comandante de prevenir ou punir a comissão de crimes por parte dos subordinados.

A jurisprudência dos tribunais pós Guerra Mundial II, bem como certas legislações nacionais<sup>54</sup>, concebiam a responsabilidade superior como uma forma de

---

<sup>47</sup> Dado o carácter subsidiário, a responsabilidade superior é frequentemente referenciada como “*fall back liability*”.

<sup>48</sup> Greg Vetter (2000:93)

<sup>49</sup> A este propósito, Francisco Almeida (2009:271) refere que nestes casos a responsabilidade de comando “*perfila-se como uma espécie de responsabilidade subsidiária*”.

<sup>50</sup> Gerhard Werle (2009:189)

<sup>51</sup> Otto Triffterer (2002:188)

<sup>52</sup> A este respeito *vide Prosecutor v. Orić*, Case n.º IT-03-68-T, Trial Chamber, Judgement 30.06.2006, ¶ 346.

<sup>53</sup> A este respeito *vide Prosecutor v. Kajelijeli*, Case n.º ICTR-98-44A-A, Appeals Chamber, Judgement 23.5.2005, ¶ 81.

<sup>54</sup> Referimo-nos ao Canadá, França e Reino Unido.

participação<sup>55</sup> no crime do subordinado<sup>56</sup>. Como bem ressalta ANA PAIS “*não se estabelecia qualquer distinção entre a conduta do superior que, através de uma acção, contribuía directamente para o facto criminoso, daquela outra em que o superior, pelo contrário, não actuava, violando o seu dever de controlo*”<sup>57</sup>.

Apesar de ter sido este o entendimento inicial nos julgamentos ocorridos no pós Guerra Mundial II, atualmente a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* tem-se pronunciado unanimemente em sentido inverso: o superior é responsável por um facto próprio. Por outras palavras, ele é responsável pela sua conduta omissiva e não por participar no facto de outrem. Esta posição foi assumida no processo *Halilović*:

*“The Trial Chamber finds that under Article 7(3) command responsibility is responsibility for an omission. The commander is responsible for the failure to perform an act required by international law. This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. Thus “for the acts of his subordinates” as generally referred to in the jurisprudence of the Tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act”*<sup>58</sup>.

O TPIJ pronunciou-se, de igual modo, no processo *Orić*:

*“However, whereas for a finding of instigation and aiding and abetting, there ought to be a certain contribution to the commission of the principal crime, superior criminal responsibility is characterised by the mere omission of preventing or punishing crimes committed by (subordinate) others. Therefore, it is not uncommon to find the superior described as responsible “for the acts of his subordinates”. This does not mean, however, that the superior shares the same responsibility as the subordinate who*

---

<sup>55</sup> Neste sentido, Geert-Jan Knoops (2007:513) ao afirmar “*Accordingly, command responsibility is as a modality of participation in the commission of a crime, more specifically, criminal complicity through omission*”.

<sup>56</sup> *Prosecutor v. Halilović*, Case n.º IT-01-48-T, Trial Chamber, Judgement 16.11.2005, ¶ 43.

<sup>57</sup> Ana Pais (2013:77)

<sup>58</sup> *Prosecutor v. Halilović*, Case n.º IT-01-48-T, Trial Chamber, Judgement 16.11.2005, ¶ 54 (sublinhado nosso).

*commits the crime in terms of Article 7(1) of the Statute, but that the superior bears responsibility for his own omission in failing to act. In this sense, the superior cannot be considered as if he had committed the crime himself, but merely for his neglect of duty with regard to crimes committed by subordinates.<sup>839</sup> By this essential element being distinct from the subordinate's responsibility under Article 7(1) of the Statute, the superior's responsibility under 7(3) of the Statute can indeed be called a responsibility *sui generis*”<sup>59</sup>.*

Na mesma linha, mas desta feita no processo *Hadžihasanović*:

*“The Chamber would note that this Judgement is the first in the history of the Tribunal to convict Accused persons solely on the basis of Article 7(3) of the Statute<sup>4877</sup> and recalls that command responsibility must be conceived as a type of personal responsibility for failure to act. The Accused will not be convicted for crimes committed by his subordinates but for failing in his obligation to prevent the crimes or punish the perpetrators”<sup>60</sup>.*

Dos casos supramencionados emergiu uma feliz síntese: a responsabilidade do superior configura-se como uma forma de responsabilidade *sui generis* uma vez que o superior não participa na comissão do crime-base; ele torna-se responsável por ter inobservado o seu dever de controlo.

Não podemos deixar de aplaudir esta mudança de paradigma e de concordar com MELANIE O'BRIEN<sup>61</sup>, quando a autora refere que o superior hierárquico é considerado responsável pela falha na execução do seu dever e não pelo ato que o subordinado acometeu<sup>6263</sup>. Dir-se-á, como o faz ANA PAIS, que “*o superior responde*

---

<sup>59</sup> *Prosecutor v. Orić*, Case n.º IT-03-68-T, Trial Chamber, Judgement 30.6.2006, ¶ 293 (sublinhado nosso).

<sup>60</sup> *Prosecutor v. Hadžihasanović*, Case n.º IT-01-47-T, Trial Chamber, Judgement 15.3.2006, ¶ 2075 (sublinhado nosso).

<sup>61</sup> Melanie O'Brien (2010:538)

<sup>62</sup> No mesmo sentido se pronunciou o Juiz Shahabuddeen no processo *Hadžihasanović* ao considerar a distinção entre a responsabilidade direta e a responsabilidade superior nos seguintes termos: “*Command responsibility imposes responsibility on a commander for failure to take corrective action in respect of a crime committed by another; it does not make the commander party to the crime committed by that other*”. *Apud* Charles Garraway (2009:721-722).

*pela omissão em empreender as medidas de controlo destinadas a impedir o facto principal e, como tal, é autor de um crime autónomo. Já o participante é criminalmente responsável pela prestação de auxílio ao facto principal, sendo que tal auxílio assume, as mais das vezes, a forma activa*<sup>64</sup>.

O entendimento de que a omissão do superior constitui um auxílio ao facto principal perpetrado pelo superior não colhe uma vez que não existe, no direito penal internacional, qualquer cláusula de equiparação da omissão à ação. Uma tal cláusula fora rejeitada em Roma<sup>65</sup>, pelo que inexistente uma norma que preveja a possibilidade de os crimes internacionais serem levados a cabo também por omissão. Assim, defender a participação do superior no crime do subalterno constituiria uma violação do princípio da legalidade criminal<sup>66</sup> por um lado, e por outro, “*traduziria um alargamento demasiado amplo das margens de punibilidade face às intenções que presidiram à elaboração do Estatuto, pois viabilizaria que qualquer comportamento omissivo, quer o agente fosse ou não um superior hierárquico, pudesse caber no conceito de autoria ou de participação versados no artigo 25.*”<sup>67</sup>. Para além do mais, a este entendimento acresce a contradição que se traduz na “*comissão de um crime doloso por negligência*”<sup>68</sup>. Na verdade, vimos já que o preceito em estudo preconiza a punição de condutas dolosas ou negligentes, enquanto que o art. 30.º do ETPI apenas admite a comissão a título de dolo. O que equivale a formular o seguinte: o superior não é responsabilizado por um facto próprio, mas antes porque lhe é imputado o ilícito perpetrado pelo subalterno e, assim, comete o crime-base (crime doloso) com negligência<sup>69</sup>. Ora, uma tal conclusão afigura-se, de todo, descabida e atentatória do princípio da culpa.

Definida a nossa posição quanto ao assunto, é agora ocasião de olhar o próprio Estatuto do TPI.

Para já, atentemos na formulação legal do art. 28.º do ETPI: o superior hierárquico “*será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal*

---

<sup>63</sup> Em sentido contrário, Allison Danner e Jenny Martinez (2005:121) “*It is important to realize that, under command responsibility, the commander is convicted of the actual crime committed by his subordinate and not of some lesser form of liability, such as dereliction of duty*”.

<sup>64</sup> Ana Pais (2013:90)

<sup>65</sup> Kai Ambos (2005:296)

<sup>66</sup> Ana Pais (2013:92)

<sup>67</sup> Ana Pais (2013:92)

<sup>68</sup> Francisco Almeida (2009:270)

<sup>69</sup> Ana Pais (2012:94)

*que tiverem sido cometidos pelos subordinados*”. Se nos parece aplausível o entendimento segundo o qual o superior responde por facto próprio, certo é que a formulação legal do artigo em análise não tomou em consideração tal solução. Assim, ao atentarmos somente no sentido literal da norma seremos forçados a concluir que doutrina da *command responsibility* considera o agente responsável pelo crime levado a cabo pelo subordinado<sup>70</sup>.

Caberá, pois, averiguar se, e em que medida o texto da norma legal reflete os traços essenciais da solução acima delineada.

Sem nos afastarmos mais daquela linha de rumo traçada no início do capítulo, é chegado o momento de averiguar se o preceituado no art. 28.º prevê um ilícito de omissão pura ou impura. Por escapar ao âmbito do presente estudo, não iremos discorrer acerca dos critérios distintivos de ambas as espécies omissivas, adotando o critério tipológico<sup>71</sup>. De acordo com esse mesmo critério, os crimes puros ou próprios consistem em crimes cuja existência decorre expressamente da previsão legal, na qual a omissão está diretamente tipificada e onde estão descritos os pressupostos fácticos donde deriva o dever de ação juridicamente imposto<sup>72</sup>; diversamente, os crimes impuros ou impróprios de omissão “*são aqueles que não se encontram especificamente descritos na lei penal como crimes de omissão*”<sup>73</sup> e em que a tipicidade decorre de uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação.

Vimos já que tal cláusula não se encontra prevista no ETPI. Claro se torna também que nenhuma cláusula específica de equiparação da omissão do superior à ação do subordinado pode ser vislumbrada na norma do art. 28.º; orientação em sentido contrário à acabada de explicitar redundaria na admissão da ideia de participação do superior no crime do subordinado, o que já foi, por nós, frontalmente rejeitado.

Ora, aplicando o critério supramencionado e em face da descrição dos elementos típicos do art. 28.º do ETPI, retira-se uma implicação de revelo: estarmos perante uma omissão pura.

Como bem salienta ANA PAIS: “*para que se verifique a prática de um crime por omissão tem que se registar uma violação de uma imposição legal de actuar, pelo*

---

<sup>70</sup> Stefan Treschel (2010:31)

<sup>71</sup> A favor de uma conceção tipológica *vide* André Leite (2007:78)

<sup>72</sup> Jorge Dias (2004:679)

<sup>73</sup> Ana Pais (2013:98)

*que o agente do crime de omissão será sempre alguém sobre quem recai um dever jurídico de levar a cabo a acção esperada ou imposta*<sup>74</sup>.

Ao prescrever, no art. 28.º, os elementos constitutivos da tipicidade o ETPI mais não faz, pois, do que, descrever os requisitos do comportamento do superior em ordem ao preenchimento do tipo<sup>75</sup>. Por assim ser, ou seja, pelo facto de o normativo em apreço descrever de forma detalhada os pressupostos fácticos donde resulta o dever jurídico de agir, julga-se descabido qualquer outro entendimento. Poderá, deste jeito, afirmar-se que *“a especificidade do dever de controlo que serve de fundamento à incriminação justifica a sua consideração como um crime autónomo. Estando em causa a incriminação de uma conduta omissiva, este tipo legal prevê um crime de omissão própria [...] face à descrição típica pormenorizada dos pressupostos objectivos e subjectivos do tipo de ilícito*<sup>7677</sup>.

Pelo simples facto de se tratar de um crime omissivo puro, não podemos, desde logo, considerar a conduta criminosa do subordinado como elemento típico da infração dos superiores hierárquicos, nem tão-pouco como condição objetiva de punibilidade<sup>78</sup>, sendo antes *“um ponto de referência para avaliar o incumprimento do dever de supervisão que incumbe ao superior e que serve de fundamento ao crime de omissão previsto na norma*<sup>79</sup>.

### **2.3. A responsabilidade dos superiores por ofensas cometidas pelos subordinados antes de assumirem o controlo. Breve referência ao caso *HADŽIHASANOVIĆ*.**

Caberá nesta sede analisar a seguinte questão: o controlo efetivo por parte do superior hierárquico tem que ter existido no momento do cometimento do crime ou é suficiente que exista no momento em que o superior não diligencia no sentido de reprimir a conduta dos subordinados?

Esta temática foi abordada pelo TPIJ no âmbito do processo *Hadžihasanović* no qual a Câmara de Recurso, revertendo a decisão da Câmara de Julgamento, decidiu que

---

<sup>74</sup> Ana Pais (2013:97)

<sup>75</sup> Ana Pais (2013:103)

<sup>76</sup> Ana Pais (2013:102-103)

<sup>77</sup> Em sentido contrário se pronuncia Francisco Leandro (2006:127) ao defender que o art. 28.º do ETPI prevê um ilícito omissivo impuro ou impróprio uma vez que exige *“a verificação de um certo resultado, para além da mera actividade de omissão do dever”*.

<sup>78</sup> Francisco Almeida (2009:269)

<sup>79</sup> Ana Pais (2013:108)

um comandante não pode ser condenado – através da doutrina de comando – pela falha em reprimir as ofensas cometidas pelos subordinados se essas ofensas houverem sido cometidas antes de o superior assumir o comando<sup>80</sup>.

Amir Kubura foi julgado pelo TPIJ pelo facto de alegadamente ter incumprido o seu dever de punição relativamente membros da *7th Muslim Mountain Brigade of the army of Bosnia-Herzegovina* que chefiava desde 1 de abril de 1993. No entanto, Kubura foi acusado de uma série de homicídios que ocorreram a 26 de janeiro de 1993 e por atos de destruição e de pilhagem ocorridos igualmente em janeiro, ou seja, antes de ter assumido as funções de comando.<sup>81</sup>

A acusação, a Câmara de Julgamento e dois juízes da Câmara de Recurso rejeitaram o entendimento que postula a necessidade de o controlo efetivo ser exercido aquando do cometimento do facto, considerando antes ser essencial que o superior tenha exercido o controlo efetivo a determinada altura, que saiba (ou pelo menos, deva saber) que tal crime fora cometido e incumpra o seu dever de punição relativamente aos agentes do crime. A acusação considerou irrelevante o facto de o superior não ter conhecimento dos crimes antes da sua ocorrência porque tal facto apenas relevaria em sede do seu dever de prevenir o crime e não da obrigação de punir os perpetradores<sup>82</sup>.

Em sede de recurso este entendimento foi frontalmente rejeitado pela maioria que defendeu o entendimento segundo o qual o superior tem de exercer o controlo efetivo aquando da conduta criminosa. Após uma análise exaustiva à jurisprudência até então existente os juízes concluíram que não existia evidência de qualquer prática estadual ou *opinio juris* que sustentasse a possibilidade de o superior ser responsabilizado pelos delitos perpetrados pelos subordinados antes de assumir o controlo<sup>83</sup>. Reforçando este entendimento, BEATRICE BONAFÉ refere que: “*de facto, se esta forma de responsabilidade se baseia no dever de supervisão por parte do comandante e se se aplica apenas a casos nos quais existe um incumprimento desse dever, torna-se difícil compreender como a responsabilidade possa ser efetivada relativamente a crimes internacionais perpetrados antes de o superior assumir funções*”<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> *Vide Prosecutor v. Hadžihasanović*, Case n.º IT-01-47-A, Appeals Chamber, Judgement 22.4.2008.

<sup>81</sup> Charles Garraway (2009:718)

<sup>82</sup> Charles Garraway (2009:718)

<sup>83</sup> Christopher Greenwood (2004:5)

<sup>84</sup> Beatrice Bonafé (2007:610)

Dando suporte a este entendimento encontra-se a jurisprudência do TPI a respeito do processo *Bemba*:

*“[...] effective control must have existed at the time of the commission of the crime.[...] the Chamber is of the view that according to article 28(a) of the Statute, the suspect must have had effective control at least when the crimes were about to be committed”*<sup>85</sup>.

Não cremos, porém, que esta seja uma fundamentação satisfatória. Efetivamente, a impunidade do superior que assume funções e toma conhecimento (ou pelo menos, deveria ter conhecido) da prática de ilícitos criminais anteriores, nada fazendo no sentido de punir a conduta dos sujeitos sob o seu comando, é de difícil compreensão. Assim, tendemos a aceitar a ideia de que haverá responsabilização penal mesmo nos casos em que o controlo efetivo é assumido após o cometimento dos crimes pelos subordinados. Deste modo, o momento temporal relevante para aferir da efetividade ou não do controlo, é o momento em que o comandante falha no exercício do poder de punição. Parece-nos evidente ser este o entendimento que melhor se adequa ao carácter da instituição jurisdicional que é o TPI e à natureza dos tipos legais de crimes previstos no Estatuto. Como bem nota ANA PAIS: *“se é o próprio legislador internacional que responsabiliza o superior ex post facto, pela omissão na repressão a um crime anteriormente praticado e não apenas pela incapacidade de o prevenir, então não vemos razão para excluir tal responsabilização nos casos em que o controlo efetivo é apenas assumido após o facto criminoso”*<sup>86</sup>.

No julgamento *Kordić*, o TPIJ sustentou esta mesma ideia:

*“The duty to punish naturally arises after a crime has been committed. Persons who assume command after the commission are under the same duty to punish. This duty includes at least an obligation to investigate the crimes to establish the facts and to*

---

<sup>85</sup> *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Case n.º ICC-01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, 15.06.2009, ¶ 148-149.

<sup>86</sup> Ana Pais (2013-125)

*report them to the competent authorities, if the superior does not have the power to sanction himself*<sup>87</sup>.

A referida posição maioritária foi igualmente posta em causa pelo TPIJ no caso *Orić*, tendo a Câmara de Julgamento considerado que decisão da maioria que fez vencimento no processo *Hadžihasanović* foi uma decisão errónea e altamente questionável<sup>88</sup>.

Esta posição minoritária foi posteriormente seguida pela Câmara de Julgamento do Tribunal especial para a Serra Leoa no processo *Sesay*:

*“This Chamber is satisfied that the principle of superior responsibility as it exists in customary international law does include the situation in which a Commander can be held liable for a failure to punish subordinates for a crime that occurred before he assumed effective control”*<sup>89</sup>.

Em jeito de conclusão, pensamos que o que expusemos neste ponto legitima a opção pela doutrina minoritária. Tal entendimento evidencia a evolução da doutrina de comando no sentido de alcançar uma proteção adequada dos direitos humanos, sendo estes reconhecidos como interesses de toda a comunidade internacional. Assim, não podemos deixar de concordar com STEFAN TRESCHEL quando o autor considera que não estender o dever de punição ao superior que assume funções posteriormente aos factos choca claramente com o disposto nos artigos 7.º 3 do TPIJ e 28.º do ETPI<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> *Prosecutor v. Kordić*, Case n.º IT-95-14/2-T, Trial Chamber, Judgement 26.2.2001, ¶ 446 (sublinhado nosso).

<sup>88</sup> *Prosecutor v. Orić*, Case n.º IT-03-68-A, Appeals Chamber, Judgement 3.7.2008, ¶ 65-85.

<sup>89</sup> *Prosecutor v. Sesay*, Case n.º SCSL-04-15-T, Trial Chamber I, Judgement, 2.3.2009, ¶ 299.

<sup>90</sup> Stefan Treschel (2010:34)

### 3º CAPÍTULO

#### Elementos da responsabilidade de comando

Como bem ressalta ANTONIO CASSESE<sup>91</sup>, os ilícitos-típicos são compostos por dois elementos: a conduta (ato ou omissão) ou *actus reus* como comumente designado, e a intenção (elemento psicológico) ou *mens rea*.

Os elementos da responsabilidade de comando, desde as decisões pós-guerra até à recente jurisprudência dos tribunais *ad hoc* assumiram diferentes contornos, culminando na redação do art. 28.º do ETPI.

No presente capítulo propomo-nos a analisar os pressupostos de punibilidade à luz do art. 28.º do Estatuto em ordem a clarificar quais as condições necessárias à responsabilização de um superior hierárquico pela prática de atos ilícitos pelos subordinados.

#### 3.1. Elemento objetivo (*actus reus*)

##### 3.1.1. Existência de uma relação de subordinação

A existência de uma relação de superioridade e de subordinação entre o acusado e o subordinado agente da prática do ato ilícito é um elemento comum em todas as normas relativas à doutrina de comando.

Embora aparente ser um requisito de fácil verificação, uma análise à jurisprudência dos tribunais *ad hoc* demonstra que este requisito constitui o maior obstáculo à aplicação da doutrina em estudo.

Importa, pois, definir em que termos se deve apurar tal relação. A relação de subordinação pode ser aferida *de iure* ou *de facto*. Vejamos.

Nos casos julgados pelos tribunais militares no pós Guerra Mundial II foi considerado que a pertença do agente a uma organização de natureza institucional estatal era bastante para se concluir que o superior exercia controlo sob o subordinado.

Paralelamente, uma diferente abordagem foi levada a cabo pelo TPIJ e pelo ETPIR. Ambos abandonaram o critério formal – comando *de jure* – substituindo-o por um critério fáctico. Assim, em ordem a poder afirmar-se a existência de uma relação de supra/infra ordenação entre o acusado e os perpetradores dos crimes, essencial é

---

<sup>91</sup> António Cassese (2008:53)

demonstrar que o superior exerce um controlo efetivo sobre os subordinados. Por outras palavras, deve-se aferir da sua capacidade para prevenir e punir a comissão de crimes.

Ilustrando este entendimento, o TPIJ, no âmbito do processo *Čelebići*, afirmou que:

*“[...] a position of command is indeed a necessary precondition for the imposition of command responsibility. However, this statement must be qualified by the recognition that the existence of such a position cannot be determined by reference to formal status alone. Instead, the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession, of powers of control over the actions of subordinates”*<sup>92</sup>.

Também o TPIR, no processo *Kayishema & Ruzindana*, considerou que:

*“[...] even where a clear hierarchy based upon de jure authority is not present, this does not prevent the finding of command responsibility. Equally, [...] the mere existence of de jure power does not always necessitate the imposition of command responsibility”*<sup>93</sup>.

Reforçando esta mesma ideia, FRANCISCO LEANDRO refere o exemplo dos conflitos onde se observam os designados autoproclamados governos em que não existem nomeações formais para o exercício das funções desempenhadas pelos membros dos grupos hierarquicamente organizados, concluindo que *“a responsabilidade de comando não está reservada apenas para os comandantes de jure, sendo qualquer pessoa que aja de facto como comandante, criminalmente responsável pelos atos praticados, pelo que a sua nomeação oficial não é um pré-requisito de atribuição de responsabilidade”*<sup>94</sup>.

Neste sentido também ALLISON DANNER E JENNY MARTINEZ ao afirmarem que *“o comandante não necessita de possuir uma autoridade de jure em*

---

<sup>92</sup> *Prosecutor v. Delalić & others*, Case n.º IT-96-T, Trial Chamber, Judgement 16.11.2998, ¶ 370.

<sup>93</sup> *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case n.º ICTR-95-1-T, Trial Chamber, Judgement 21.5.1999, ¶ 491.

<sup>94</sup> Francisco Leandro (2006:106)

*relação aos subordinados, desde que exerça um controlo efetivo sobre os mesmos*<sup>95</sup>; GEERT-JAN quando elucida que “*a posição do superior não necessita de ser formal, uma vez que o que releva é a possibilidade material de o superior punir o subordinado ou prevenir o crime*”<sup>96</sup>; e VOLKER NERLICH ao considerar não ser fundamental que a relação de subordinação tenha natureza *de jure*<sup>97</sup>.

Sobre esta problemática, FRANCISCO ALMEIDA afirma, de modo especialmente assertivo, que: “*Nenhuma razão válida justifica que indivíduos que efectivamente dirigem determinadas estruturas ou organizações informais, e que, portanto, têm o poder de prevenir e punir os crimes praticados por pessoas sob o seu controlo, possam escapar à responsabilidade criminal nada havendo feito para impedi-los ou contê-los. Daí que [...] a existência de uma posição de comando não possa descortinar-se apenas com base na referência a um status formal, antes importando [...] a detenção de efectivos poderes de controlo relativamente à conduta dos subordinados*”<sup>98</sup>.

A este propósito, a redação legal do artigo 28.º é particularmente sugestiva. Entendemos que ao prever a expressão “*que atue efetivamente como*” remete-nos para o conceito de comando *de facto*, rejeitando o comando *de iure*. Em consequência, o exercício formal de funções passa a ser tomado em consideração como mero indício do exercício de autoridade.

O que realmente importa é que o superior disponha de poder e influência que lhe permita efetivamente controlar os seus subalternos. A pedra de toque desta doutrina é o controlo efetivo sobre os subordinados, no sentido de que o superior dispõe de possibilidade material para prevenir ou reprimir as suas condutas. Consequentemente, é a violação do dever de controlo e diligência que incumbe aos superiores que fundamente a sua punição.

De modo a aferir da capacidade e possibilidade efetiva do superior para controlar os subordinados, os tribunais recorrem ao teste do *controlo efetivo*. Para auxiliar no teste do controlo efetivo pode recorrer-se a certos indícios que ajudem à determinação da existência desse poder. Entre eles, MELANIE O’BRIEN destaca o “*poder de emitir ou dar ordens, a capacidade de garantir o cumprimento dessas*

---

<sup>95</sup> Allison Danner & Jenny Martinez (2005:130)

<sup>96</sup> Geert-Jan Knoops (2007:515)

<sup>97</sup> Volker Nerlich (2007:670)

<sup>98</sup> Francisco Almeida (2009:257)

*ordens, a função do comandante e as tarefas associadas, a capacidade de influenciar as tropas à participação nas hostilidades, o poder de promover, substituir, remover ou exercer o poder disciplinar sobre quaisquer subordinados e a autoridade para retirar as forças*<sup>99</sup>.

A existência de autoridade e controlo efetivos é mais difícil de provar quando se trata de superiores não militares, uma vez que os líderes políticos e os superiores civis raramente possuem poderes semelhantes aos dos superiores militares. A este respeito, o TPIJ, no processo *Aleksovski*<sup>100</sup>, sublinhou que um superior hierárquico civil não necessita de possuir poderes sancionatórios semelhantes aos dos comandantes militares, sob pena desta exigência acarretar incontornáveis problemas de aplicabilidade da doutrina a pessoal civil.

Muito embora o art. 28º exija que o agente possua o atributo da superioridade hierárquica, não se verifica qualquer restrição relativa ao nível hierárquico. Nenhuma das disposições atinentes à doutrina de comando - quer nos estatutos dos tribunais *ad hoc*, que no Estatuto de Roma - faz referência a esta limitação dentro da cadeia de comando. Parece-nos que o próprio espírito da doutrina contraria qualquer limitação hierárquica dentro da cadeia de comando. Na mesma linha de pensamento<sup>101</sup> segue MELANIE O'BRIEN, ao considerar que “*o superior militar exerce o comando independentemente do seu nível ou posição na cadeia de comando*”<sup>102</sup>. Não podemos deixar de concordar com ANA PAIS, quando a autora considera que outro entendimento levaria a uma redução significativa das margens de punibilidade uma vez que os superiores não detentores de topo poderiam exonerar-se da responsabilidade com fundamento nas funções assumidas<sup>103</sup>.

Questão relevante é a de saber como se processa a responsabilização perante a existência de dois ou mais superiores. FRANCISCO JOSÉ LEANDRO considera que “*a existência de mais do que um superior não isenta ambos da responsabilidade criminal efetiva, desde que, ao tempo da prática do facto, essa qualidade de efetivo controlo possa ser aproveitada por ambos*”<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> Melanie O'Brien (2010:544). No mesmo sentido BANTEKAS (*in* Ana Pais 2013:123); Bakone Moloto (2009-17); Boas, Bischoff & Reid (2007:199).

<sup>100</sup> Vide Prosecutor v. Aleksovski, Case n.º IT-95-14/1, Trial Chamber, Judgement, 25.6.1999, ¶ 78.

<sup>101</sup> Neste sentido também Francisco Almeida (2009:267)

<sup>102</sup> Melanie O'Brien (2010:544)

<sup>103</sup> Ana Pais (2013:119)

<sup>104</sup> Francisco Leandro (2006:107)

Uma última nota a propósito do sujeito ativo. Em regra, qualquer pessoa pode ser autora de um crime; no entanto, casos há em que certos crimes têm como pressuposto que o agente disponha de uma qualidade exigida pelo próprio tipo. Ora, é precisamente este o caso do art. 28.º do Estatuto: a lei exige que o agente da prática do crime previsto no artigo referido seja um chefe militar ou uma autoridade civil. Podemos ainda qualificar o delito como um crime específico próprio ou puro, uma vez que a qualidade exigida ao autor do crime constitui o próprio fundamento da ilicitude e não apenas uma agravante da responsabilidade criminal<sup>105</sup>.

### **3.1.2. A omissão do superior**

O texto legal do art. 28º não deixa dúvidas sobre a existência de um dever que impende sobre todo e qualquer superior hierárquico: o dever de prevenir e reprimir as condutas criminalmente relevantes dos seus subordinados. A falha na prevenção ou denúncia posterior dá origem à designada *command responsibility*. Estamos, assim, perante uma norma que expressamente criminaliza a omissão de um certo comportamento: a conduta omissiva do superior que, ao não cumprir os deveres supramencionados, viola os seus deveres de vigilância e controlo contribuindo, de certo modo, para a prática criminosa.

Por sua vez, a extensão deste dever encontra como limite o catálogo de crimes elencados no art. 5.º do ETPI, pelo que, o comandante militar ou o superior civil não serão responsabilizados por condutas dos subordinados que extravasem aquele elenco.

Note-se que é necessário que haja pelo menos início de execução do facto pelo subordinado. Um superior hierárquico não pode ser responsabilizado através da doutrina de comando se nenhum crime da competência do tribunal for praticado.

#### **3.1.2.1. Medidas “necessárias e adequadas ao seu alcance”**

No que respeita à punição prevista no art. 28.º vimos já que a falha em supervisionar ou punir tem como consequência lógica a responsabilização penal do superior. Contudo, o superior hierárquico que falhe em exercer o controlo efetivo sob o subordinado mas tenha levado a cabo as medidas possíveis para evitar ou punir a

---

<sup>105</sup> Américo Carvalho (2014:283)

comissão das infrações, não será responsabilizado ao abrigo desta doutrina. Neste sentido se pronunciou o TPIJ, no âmbito do processo *Čelebići*:

*“It must, however, be recognized that international law cannot oblige a superior to perform the impossible. Hence, a superior may only be held criminally responsible for failing to take such measures that are within his powers. The question then arises of what actions are to be considered to be within the superior’s powers in this sense. As the corollary to the Trial Chamber with respect to the concept of superior, we conclude that a superior should be held responsible for failing to take such measures that are within his material possibility. The Trial Chamber [...] finds that the lack of formal legal competence to take the necessary measures to prevent or repress the crime in question does not necessarily preclude the criminal responsibility of the superior”<sup>106</sup>.*

Deste modo, o superior deve levar a cabo as medidas necessárias e razoáveis que se encontrem dentro da sua competência legal e possibilidade material. Aliás, é este o sentido da expressão “ao seu alcance”. No processo *Blaškić*, que correu termos no TPIJ, o tribunal explicou que:

*“ [...] necessary and reasonable measures are such that can be taken within the competence of a commander as evidenced by the degree of effective control he wielded over his subordinates.[...] what constitutes such measures is not a matter of substantive law but of evidence”<sup>107</sup>.*

Assim, o critério é subjetivo, tomando em consideração a situação e o controlo concreto exercido pelo superior.

---

<sup>106</sup> Vide *Prosecutor v. Delalić and others*, Case n.º IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgement 16.11.199, ¶ 395.

<sup>107</sup> Vide *Prosecutor v. Blaškić*, Case n.º IT-95-14-A, Appeals Chamber, Judgement 29.7.2004, ¶ 71.

### 3.1.2.2. “Prevenir ou reprimir ou levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes”

As medidas necessárias e adequadas ao alcance do superior devem ser tomadas no sentido de “prevenir”, “reprimir” ou “levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes”.

Os primeiros dois conceitos já constavam de codificações anteriores, nomeadamente do ETPIJ e ETPIR. Também o PACG I, no seu art. 87.º, previa a denúncia às autoridades competente. O art. 28.º do ETPI apenas acrescentou a formulação “para efeitos de inquérito e procedimento criminal”.

Não se vislumbra qualquer razão para uma diferenciação na aplicação aos superiores miliares e aos superiores civis uma vez que as formulações estão previstas tanto na al. a) como na al. b) do art. 28.º. O preceito em apreço impõe ao superior a adoção de um de três comportamentos alternativos consoante o estágio de realização criminosa.

A prevenção impede a consumação do crime quando ela ainda não se tenha iniciado; por sua vez, a repressão ocorre quando os subordinados já se encontram a cometer o crime quando o superior adquire conhecimento; por fim, a obrigação de reportar a infração às autoridades competentes é a conduta adequada quando já houve consumação do crime aquando do conhecimento pelo superior.

Note-se que se o superior sabia (ou deveria ter sabido) que os subordinados se preparavam para cometer determinados delitos e não adotou medidas adequadas à sua prevenção ou repressão, a posterior denúncia do sucedido não o isenta de responsabilidade, pelo menos a título de negligência<sup>108</sup>. Da mesma forma que, nos casos em que o superior desconheça a iminência da realização criminosa, a omissão posterior do comportamento devido gerará, de igual modo, responsabilidade penal. No entanto, só após uma avaliação das concretas circunstâncias do caso se pode concluir qual dos comportamentos era exigível ao superior. Mais uma vez, o conhecimento que o superior tenha das circunstâncias de fato é um fator essencial para determinar o tipo de atuação adequada.

Pelo supra exposto, não podemos concordar com KAI AMBOS<sup>109</sup> quando o autor afirma que a comunicação da ocorrência das infrações às autoridades competentes

---

<sup>108</sup> Neste sentido se pronunciou o TPIJ no caso *Blaškić*. Vide *Prosecutor v. Blaškić*, Case n.º IT-95-14-T, Trial Chamber, Judgement, 3.3.2000, ¶ 336.

<sup>109</sup> Kai Ambos (2004:319)

é especialmente destinado aos superiores que não possuam poder disciplinar para reprimir as ofensas cometidas, nem tão-pouco com ALMIRO RODRIGUES<sup>110</sup> quando afirma que o superior hierárquico está obrigado a relatar os factos às autoridades competentes se não dispuser de poder sancionatório. Cremos que o dever de comunicar o ocorrido às autoridades competentes não existe apenas na impossibilidade de prevenção ou repressão da conduta criminosa; na verdade, ainda que o superior adote medidas preventivas ou repressivas, deve levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes para efeitos de inquérito e procedimento criminal. Aliás, nas palavras de ANA PAIS, esta referência inovadora incluída na norma do art. 28.º tem por objetivo prevenir a prática criminosa uma vez que a existência de casos não investigados e julgados poderá transparecer uma ideia de impunidade levando a um acréscimo da atividade criminosa<sup>111</sup>.

### **3.1.2.3. Exclusão da causalidade como elemento da responsabilidade superior**

De acordo com a redação do art. 28.º, o superior será responsabilizado “*pelo facto de não exercer um controlo apropriado*” sobre as forças ou sobre os subordinados sob a sua autoridade e controlo<sup>112</sup>.

Para alguns autores, a redação legal do preceito parece indiciar uma ideia de causalidade entre a omissão do superior e o crime do subordinado. DARRYL ROBINSON parece ver na formulação do preceito um requisito adicional da doutrina de comando – uma conexão causal objetiva entre a omissão do comandante e a ação do subalterno<sup>113</sup>. Contudo, não nos parece ser esta a verdadeira essência da disposição em apreço.

Iremos neste ponto analisar que tipo de conexão está em causa e como deve ser entendida em face do normativo em questão.

---

<sup>110</sup> Almiro Rodrigues (2006:340)

<sup>111</sup> Ana Pais (2013:129)

<sup>112</sup> “De acordo com a formulação do preceito legal, o superior torna-se responsável por não ter dado informação, educado e advertido os seus subordinados acerca dos benefícios da correta aplicação do direito e da justiça. A censura estende-se, de igual modo, ao facto de o superior não ter feito uso de todos os poderes, como por exemplo, o poder de dar ordens, de modo a influenciar os subalternos a agir de acordo com o Direito, e de se absterem de praticar atos anti jurídicos, nomeadamente crimes”. *Vide* Otto Triffter (2002:192)

<sup>113</sup> Darryl Robinson (2012:40)

De certa forma, esta é uma questão a que já demos resposta ao evidenciarmos que a omissão do superior é uma omissão própria: o superior responde por facto próprio, no sentido em que “apenas” é responsável por ter omitido o seu dever de controlo, por ter violado o dever de supervisão que lhe incumbe e não por tomar parte no facto do subordinado. Como tal, é autor de um crime autónomo. Neste sentido, importa referir que o superior encontra-se adstrito ao cumprimento de uma obrigação de meios, e não de resultado. Por outras palavras, não estamos perante uma obrigação de evitar todos e quaisquer crimes que possam ser perpetrados pelos subordinados, mas somente de levar a cabo todos os esforços para evitar aquele resultado. Como bem ressalta ANA PAIS, a obrigação de meios não se coaduna com uma ideia de causalidade<sup>114</sup>.

Julgamos não se tratar verdadeiramente de um problema de causalidade, mas sim de uma questão de autoridade e controlo efetivos: a omissão do superior constitui o reflexo do incumprimento do seu dever de controlar efetivamente aqueles que lhe estão subordinados, não constituindo, assim qualquer elemento causal autónomo.

Considerações aduzidas em vários processos dos tribunais *ad hoc* denotam igualmente uma rejeição da exigência de um nexos causal em ordem a considerar o comandante criminalmente responsável. Vejamos. No processo *Delalić*, a Câmara de Julgamento considerou que:

*“The very existence of the principle of superior responsibility for failure to punish, therefore, recognised under Article 7(3) and customary law, demonstrates the absence of a requirement of causality as a separate element of the doctrine of superior responsibility”*<sup>115</sup>.

A Câmara de Julgamento, desta feita no processo *Orić*, considerou que:

*“[...] with regard to the superior’s failure to prevent, a requirement of causation would run counter to the very basis of this type of superior responsibility as criminal liability of omission [...] if it had to be proven that the superior’s failure to act causally contributed to the commission of the subordinates’ crime, there would be no difference*

---

<sup>114</sup> Ana Pais (2013:135)

<sup>115</sup> Prosecutor v. *Delalić and others*, Case n.º IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgement, 16.11.1998, ¶ 400.

*between Article 7(3) and Article 7(1), and superior responsibility would be rendered superfluous*<sup>116</sup>.

No que diz respeito à omissão de punição, o tribunal sustentou que:

*“[...] with regard to the superior’s failure to punish, it would make no sense to require a causal link between an offence committed by a subordinate and the subsequent failure of a superior to punish the perpetrator of that same offence*<sup>117</sup>.

A exigência de punição de um crime implica, logicamente, a sua prévia consumação e a respetiva produção do resultado. Ora, considerar que o resultado produzido possa ser imputado a uma conduta omissiva posterior à sua verificação, não faz qualquer sentido<sup>118</sup>.

A este respeito e para finalizar, consideremos agora o relatório apresentado pela Amnistia Internacional<sup>119</sup> ao TPI em 20 de Abril de 2009, a respeito do Processo *Bemba*. Foi no âmbito deste processo que o TPI aduziu as primeiras considerações acerca do art. 28º. A posição assumida neste documento vai no sentido do que temos vindo a defender: a rejeição do nexos de causalidade enquanto elemento integrante da doutrina de comando. Posição essa que veio ainda a ser reiterada num outro documento, agora emitido pelo Gabinete do Procurador do TPI<sup>120</sup>, em que se afirma que o único significado da formulação *“as a result of his or her failure to properly exercise control”* se prende com a exigência de que o superior soubesse ou devesse saber que o crime estava a ser ou havia sido cometido, tendo incumprido o seu dever de impedir ou punir o facto ilícito.

---

<sup>116</sup> *Prosecutor v. Orić*, Case n.º IT-03-68-T, Trial Chamber, Judgement 30.6.2006, ¶ 338.

<sup>117</sup> *Prosecutor v. Orić*, Case n.º IT-03-68-T, Trial Chamber, Judgement 30.6.2006, ¶ 338.

<sup>118</sup> Em sentido contrário, Darryl Robinson (2012:16)

<sup>119</sup> O relatório “Amicus Curiae Observations on Superior Responsibility Submitted Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence” encontra-se disponível em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc669669.pdf>.

<sup>120</sup> O documento “Prosecution’s Position Statement re: Amnesty International’s Amicus Curiae Observations on Superior Responsibility filed on 20 April 2009” encontra-se disponível em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc673528.pdf#search=prosecution%27s%20position%20statement%20re%3A%20amnesty>.

Por estes motivos, concluímos que a disposição em análise não se destina a exigir, como elemento autónomo, prova que o incumprimento do superior deu causa ao crime perpetrado pelo subordinado<sup>121</sup>. Ademais, a necessidade de prova de um nexo causal seria um requisito demasiado exigente dada a dificuldade em demonstrar, *ex post*, a existência de um nexo causa-efeito entre o comportamento omissivo e a prática do delito.

Reiteramos que o fundamento da responsabilidade superior reside num incumprimento do dever de prevenção e/ou punição por parte do superior. Exigir a verificação de um nexo causa-efeito seria alterar o fundamento da própria figura que passaria a requerer o envolvimento do superior no crime perpetrado pelo subalterno.

### **3.2. Elemento subjetivo (*mens rea*)**

O conhecimento, ou *mens rea*, por parte do superior constitui um elemento decisivo na determinação da responsabilidade penal do chefe militar ou autoridade civil, uma vez que estabelece a existência de conhecimento por parte do superior de que o seu subalterno praticou o fato ilícito ou estava prestes a praticá-lo.

A norma n.º 2 do art. 86.º do PAI às Convenções de Genebra foi a primeira norma internacional a fazer referência à problemática do elemento cognitivo na doutrina de comando<sup>122</sup>. Fruto da evolução dos julgamentos e da jurisprudência dos tribunais *ad hoc* surgiu a previsão do art. 28.º com uma abordagem inovadora quanto ao elemento em análise. Vejamos.

O art. 28.º do Estatuto de Roma, sob a epígrafe “Responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos” estabelece na sua al. a) que o chefe militar torna-se criminalmente responsável pelos crimes perpetrados pelos subordinados sob o seu controlo efetivo quando teve “*conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que as forças sob o seu comando estavam a cometer ou se preparavam para cometer crimes*” da competência do TPI; diversamente, na al. b), prevê que o superior hierárquico responde penalmente se “*teve conhecimento ou não teve em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes*”.

---

<sup>121</sup> Em sentido contrário, Francisco Almeida (2009:268-269)

<sup>122</sup> Francisco Leandro (2006:111)

Deste modo, o normativo em apreço faz uso da autorização especial “*salvo disposição em contrário*” contida no art. 30.º do supracitado diploma e apresenta um requisito subjetivo especial quanto ao tipo de ilícito: trata-se de um requisito subjetivo menos exigente uma vez que prevê a punição de condutas negligentes, ao arrepio das regras impostas pelo art. 30.º.

Reiteramos uma vez mais o entendimento segundo o qual a doutrina de comando não constitui uma forma objetiva de responsabilidade. Nessa medida, o superior apenas responderá segundo as regras enunciadas no art. 28.º após a prova efetiva do requisito subjetivo, para além de qualquer dúvida razoável.

Assim, para que haja lugar a punição, o conhecimento do superior não pode ser presumido. Dando suporte a este entendimento, o TPIJ, no âmbito do processo *Čelebići* rejeitou o *standard Yamashita*, defendendo que o conhecimento não pode ser presumido, mas pode ser inferido de certos indícios<sup>123</sup> - prova circunstancial.

Não era, porém, este o entendimento que vigorava no pós Guerra Mundial II. A interpretação seguida naquela época considerava existir um dever específico por parte dos comandantes de descobrir as condutas criminosas das tropas sob o seu comando, uma vez que a posição de chefe militar na cadeia de comando permitia tal conhecimento, e, para além disso, estavam em causa crimes de larga escala que possuíam um carácter notório<sup>124</sup>.

Paralelamente, e em sentido inverso, os tribunais *ad hoc* rejeitaram a posição primeiramente assumida apontando, progressivamente, para a concretização da exigência de que o superior conheça, devesse conhecer ou haja desconsiderado informação que indicava claramente que o subordinado cometeu, ou se preparava para cometer, um determinado crime.

A jurisprudência dos tribunais *ad hoc* não parece ter como principal preocupação a discussão em torno do significado do elemento cognitivo, mas sim em estabelecer a forma como ele deve ser provado.

Em antes de passarmos a essa análise, uma nota deve ser deixada a respeito do objeto do elemento em questão: face à redação do texto legal do art. 28.º parece-nos que dúvidas inexistirão em classificar o crime-base como o objeto do conhecimento, independentemente do estádio em que a infração se encontre.

---

<sup>123</sup> Prosecutor v. *Delalić and others*, Case n.º IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgment 16.11.1998, ¶ 386.

<sup>124</sup> Ana Pais (2013:141)

### 3.2.1. Chefe militar e superior hierárquico não militar: “teve conhecimento”

O art. 30.º do Estatuto define conhecimento como “*a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos*”.

Estamos perante o único pressuposto subjetivo aplicável ao superior militar e não militar: o superior hierárquico é responsabilizado na medida em que *teve conhecimento* de que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer determinado crime e não deu cumprimento aos seus deveres de vigilância sobre esses mesmos subordinados. Assim, para preencher o ilícito típico, as regras internacionais exigem que se faça prova da consciência por parte do superior de que determinados crimes estavam prestes a ocorrer ou já se encontravam em execução, e prova da intenção que se traduz na opção – consciente – em não atuar, apesar de saber da comissão do crime ou da sua iminência. A este propósito, ANA PAIS afirma que “*a exigência deste conhecimento efectivo por parte do superior denota sem margem para dúvidas que o que aqui está em causa é a punição de uma conduta dolosa*”<sup>125</sup>.

Neste nível subjetivo, o agente sabe que a realização do facto é uma consequência certa da sua conduta (omissiva) pelo que estamos perante a figura do dolo necessário ou de segundo grau<sup>126127</sup>.

Vimos já que de acordo com a jurisprudência do TPIJ a prova do conhecimento pode ser direta ou através de indícios que demonstrem que o superior sabia e tinha consciência da prática dos atos ilícitos. De modo a auxiliar esta tarefa, no Processo *Čelebići*<sup>128</sup> que correu termos no TPIJ, o tribunal enumerou de forma não taxativa vários indícios que podem ajudar a determinar a existência desse conhecimento<sup>129</sup>: a quantidade, tipo e objetivo dos atos ilegais, o tempo durante o qual os referidos atos ocorreram, a quantidade e o tipo de tropas envolvidas, toda a logística envolvente, a localização geográfica dos atos perpetrados, a ocorrência generalizada dos atos, a

---

<sup>125</sup> Ana Pais (2013:147)

<sup>126</sup> Relativamente ao dolo necessário “*a realização do facto típico não é o objectivo imediato da conduta, mas o agente sabe que tal realização é uma consequência certa, ou quase certa, da sua conduta*” vide Américo Carvalho (2014:326)

<sup>127</sup> Neste sentido, KAI AMBOS (2005:334)

<sup>128</sup> Prosecutor v. *Delalić and others*, Case n.º IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgment 16.11.1998, ¶ 386

<sup>129</sup> A este propósito, Kirsten Keith (2010:621) sugere que deveriam ter-se em conta como indiciários do conhecimento por parte do superior, os relatórios da comunicação social e a existência de um sistema de comunicação funcional. Ana Pais (2013:148), por seu turno considera que a prova baseada nas notícias disseminadas pela comunicação social, constituí um indício que deveria constar da referida lista.

periodicidade tática das operações, o *modus operandi* em atos ilegais semelhantes, os oficiais e o *staff* envolvido e, por fim, a localização do superior no momento das ocorrências.

Como ressalta BAKONE MOLOTO<sup>130</sup>, à medida que aumenta a distância do superior do respectivo local das ocorrências, mais provas serão necessárias para demonstrar o seu conhecimento. Acrescenta que o nível de exigência da prova pode variar consoante a posição ocupada pelo superior na cadeia de comando e os mecanismos de informação presentes no local das ocorrências.

Nas situações em que o conhecimento direto não pode ser demonstrado e torna-se necessário recorrer à prova circunstancial, torna-se bastante relevante esclarecer qual o nível de especificidade que a informação deve revestir em ordem a considerar-se um indício suficiente da prática de um crime. Esta questão é esclarecida por ANA PAIS: “*Segundo a jurisprudência internacional, a informação disponível não tem que conter detalhes específicos acerca dos crimes que foram ou irão ser cometidos, bastando que o superior tivesse na sua posse informação geral que o devesse alertar para essa possibilidade. No entanto, essa informação geral deve indiciar a prática de um crime concreto, não sendo suficiente o conhecimento da propensão de certos subordinados para o crime ou da prática de infracções semelhantes*”<sup>131</sup>.

De acordo com o supra exposto, o conhecimento pelo superior da conduta criminosa do subordinado não pode ser presumido (pois tal violaria o princípio da culpa), mas pode ser inferido através de fatores circunstanciais.

Uma última observação acerca deste nível subjetivo: é essencial que formação da convicção do elemento cognitivo seja feita tendo em consideração as circunstâncias de cada caso e a situação específica do superior em causa no momento das ocorrências.

### **3.2.2. Chefe militar: “deveria ter tido conhecimento”**

Do conhecimento efetivo, ainda que estabelecido através de provas indiretas, distingue-se o conhecimento implícito (*constructive knowledge*) que se reconduz ao *standard* “deveria ter tido conhecimento”.

---

<sup>130</sup> Bakone Moloto (2009:18)

<sup>131</sup> Ana Pais (2013:146)

No n.º 2 do art. 86.º do PACG I encontramos a formulação “*possuía informações que permitissem concluir*”; o ETPIJ no n.º 3 do seu art. 7.º e o ETPIR no n.º3 do seu art. 6.º consagram a expressão “*tinha motivos para saber*”.

Por sua vez, no ETPI encontramos a formulação “*deveria ter tido conhecimento*”. Assim, de acordo com o Estatuto, o chefe militar será criminalmente responsável quando “*em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento*” de que as forças sob o seu comando estavam a cometer ou se preparavam para cometer crimes da competência do Tribunal.

Este nível subjetivo apresenta-se como o mais controvertido. Por um lado, a própria jurisprudência do TPIJ é contraditória quanto a este assunto; por outro lado, o ETPI apresenta uma formulação diferente para os superiores militares e superiores civis.

Quando nos referimos à divergência na jurisprudência do TPIJ queremos fazer referência a dois processos: *Čelebići* e *Blaškić*. De facto, as Câmaras do Tribunal enfrentaram algumas dificuldades em interpretar e aplicar este critério alternativo ao conhecimento efetivo, alcançando conclusões distintas. Veja-se a interpretação do critério “*had reason to know*” feita pela Câmara de Julgamento no processo *Čelebići*:

*“A superior can be held criminally responsible only if some specific information was in fact available to him which would provide notice of offenses committed by his subordinates. This information need not be such that it by itself was sufficient to compel the conclusion of the existence of such crimes. It is sufficient that the superior was put on further inquiry by the information, or, in other words, that it indicated the need for additional investigation in order to ascertain whether offenses were being committed or about to be committed by his subordinates”*<sup>132</sup>.

Em sentido oposto, a Câmara de Julgamento no processo *Blaškić* adotou um outro entendimento:

*“If a commander has exercised due diligence in the fulfilment of his duties yet lacks knowledge that crimes are about to be or have been committed, such lack of knowledge*

---

<sup>132</sup> Prosecutor v. *Delalić and others*, Case n.º IT-96-21-T, Trial Chamber, Judgement 16.11.1998, ¶ 393.

*cannot be held against him. However, taking into account his particular position of command and the circumstances prevailing at the time, such ignorance cannot be a defence where the absence of knowledge is the result of negligence in the discharge of his duties: this commander had reason to know within the meaning of the Statute*<sup>133</sup>.

De acordo com a visão da Câmara de Julgamento no processo *Blaškić*, o comandante que cumpriu as suas funções com a diligência devida e, ainda assim, não logrou atingir o conhecimento, não é merecedor de censura penal. No entanto, e tendo em conta a especial posição ocupada na cadeia de comando e as circunstâncias no momento das ocorrências, a alegação da falta de conhecimento não pode constituir arma de defesa do superior quando a ausência de conhecimento resulte de negligência no cumprimento das suas funções. Por outras palavras, o comandante torna-se responsável se a falta de conhecimento deriva da sua incapacidade dar cumprimento às suas funções, nomeadamente ao seu dever descobrir informações acerca das ações ilícitas<sup>134</sup> dos subordinados. Como assinala SONJA SUOMINEN<sup>135</sup>, a abordagem feita no processo *Blaškić* teve o mérito de - em determinadas situações - converter o *standard* “*had reason to know*” em “*should have known*”.

Este não foi, porém, o entendimento da Câmara de Recurso no processo *Čelebići*. Os juízes rejeitaram o *standard* “*should have known*” com o fundamento de que tal critério transformaria a doutrina de comando numa forma de responsabilidade objetiva:

“[...] *The Prosecution's argument that a breach of the duty of a superior to remain constantly informed of his subordinate's actions will necessarily result in criminal liability comes close to the imposition of criminal liability on a strict or negligence basis*”<sup>136</sup>,

confirmando a posição defendida pela Câmara de Julgamento:

---

<sup>133</sup> Prosecutor v. *Blaškić*, Case n.º IT-95-14T, Trial Chamber, Judgement 3.3.200, ¶ 332.

<sup>134</sup> A este propósito, Francisco Leandro (2006:113) fala-nos de um “*dever de proactividade*”.

<sup>135</sup> Sonja Suominen (2001:778)

<sup>136</sup> Prosecutor v. *Čelebići*, Case n.º IT-96-21-A, Appeals Chamber, 20.2.2001, ¶ 226.

“A superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility only if information was available to him which would have put him on notice of offences committed by subordinates”<sup>137</sup>.

Deste modo, o tribunal rejeitou a adoção de um “*dever de saber*” semelhante ao afirmado pelos tribunais do pós-guerra, considerando que responsabilidade do comandante deveria ser avaliada somente tendo em consideração a informação que, efetivamente, lhe foi disponibilizada, pelo que o mesmo não seria punido por não desenvolver as diligências necessárias para se inteirar das condutas dos subalternos.

Posteriormente, a Câmara de Recurso no processo *Blaškić*, adotou este mesmo entendimento afirmando que:

“the authoritative interpretation of the standard “had reason to know” shall remain the one given in the *Čelebići Appeal Judgement*”<sup>138</sup>.

A rejeição do designado “*duty to know*” não implica, todavia, que tenha de ser feita prova no sentido que o chefe militar possuía informações específicas acerca dos crimes cometidos ou prestes a ser cometidos: demonstrar que o superior possuía informação que de algum modo pudesse alertá-lo seria suficiente para que se desse por provado que ele tinha “*razões para saber*”<sup>139</sup>. A este nível, jurisprudência foi bastante consentânea ao sustentar que a informação disponível não tem que revelar detalhes concretos acerca dos crimes que foram ou irão ser cometidos. Relatórios dirigidos ao superior que despertem a atenção para o comportamento dos subordinados, a situação tática das operações, o nível de treino e instrução dos subordinados e o carácter dos mesmos são alguns dos fatores que podem dar origem a um dever de investigar por parte do comandante<sup>140</sup>.

Dando suporte ao entendimento de KIRSTEN KEITH<sup>141</sup>, cremos que a abordagem levada a cabo pela jurisprudência reputa-se como desadequada face à redação legal do art. 28.º. Com efeito, o normativo em apreço consagra o *standard* “*should have known*”. A este propósito, veja-se o comentário ao ETPI:

<sup>137</sup> Prosecutor v. *Čelebići*, Case n.º IT-96-21-A, Appeals Chamber, 20.2.2001, ¶ 241.

<sup>138</sup> Prosecutor v. *Blaškić*, Case n.º IT-95-14-A, Appeals Chamber, 29.7.2004, ¶ 64.

<sup>139</sup> Beatrice Bonafé (2007:207)

<sup>140</sup> Boas, Bischoff & Reid (2007:210)

<sup>141</sup> Kirsten Keith (2001:632)

*“The commander has a duty to have relevant information gathered and to evaluate it. If he or she fails to obtain or wantonly disregards information of a general nature within his or her reasonable access indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of subordinates, he or she meets the ‘should have known’ standard”*<sup>142</sup>.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem salientou, a este propósito, que um tratado não é um instrumento estático, mas antes um *“living instrument”* devendo ser interpretado como tal<sup>143</sup>.

Consideramos que o *standard* consagrado traduz o designado *“duty to know”* a cargo dos chefes militares, que apenas se diluirá provando-se uma atuação com o grau de diligência requerido<sup>144</sup>. Por outras palavras, julgamos estar em causa o dever de o comandante diligenciar no sentido de adquirir informação relevante de modo a tomar conhecimento dos comportamentos dos subordinados, sendo esta uma decorrência dos seus deveres de superior hierárquico.

É punido o chefe militar que, apesar de não ter conhecimento de que o subordinado está a cometer ou se prepara para cometer um crime, deveria ter tido esse mesmo conhecimento. Estamos, pois, no campo da negligência<sup>145</sup>, mais precisamente da negligência inconsciente<sup>146</sup>, uma vez que o comandante militar nem sequer representa a produção de um resultado de lesão ou perigo de lesão do bem jurídico.

Como expressamente refere JENNY MARTINEZ<sup>147</sup>: *“It is time for international courts to finally bury the ghost of Yamashita. To do so, they must[...] adopt the duty of knowledge suggested by this article”*<sup>148</sup>.

---

<sup>142</sup> *Apud* Otto Triffterer (519:1999)

<sup>143</sup> Kirsten Keith (2001:633)

<sup>144</sup> Francisco Almeida (2009:278)

<sup>145</sup> Neste sentido, Kirsten Keith (2001:633)

<sup>146</sup> Neste sentido, Francisco Almeida (2009:278)

<sup>147</sup> Defendendo a mesma posição, Eugenia Levine (2005) afirma que *“the ‘should have known’ standard should be adopted in order to ensure greater accountability of superiors for the actions of their subordinates in times of war”*

<sup>148</sup> Jenny Martinez (2007:664)

### 3.2.3. Superior civil: “deliberadamente ter desconsiderado informação que indicava claramente”

Já no que toca ao superior civil, este responderá criminalmente pelos crimes perpetrados pelos seus subordinados quando e na medida em que “*não teve em consideração a informação que indicava claramente*” que os subalternos estavam a cometer ou se preparavam para cometer crimes da competência do TPI.

Como podemos observar, o ónus da prova neste critério reflete uma maior exigência do que o estabelecido para os superiores militares (“*deveria ter tido conhecimento*”), originando maiores dificuldades na obtenção de condenações relativamente a superiores civis<sup>149</sup>.

Em ordem a poder afirmar-se a sua responsabilidade penal, deve ficar demonstrado que o superior civil possuía informações relativamente aos comportamentos dos subordinados, mas que não teve em consideração essa informação relevante, optando por não agir em conformidade com a mesma.

Note-se que o art. 28.º na sua al. b) ao mencionar que o superior civil não teve em consideração certa informação pressupõe que ele já detinha tal informação, pelo que já não estamos no campo da negligência inconsciente como sucede no caso de se tratar de um chefe militar.

Neste nível subjetivo responsabiliza-se o superior pelo facto de este, não obstante representar o resultado típico, não agir de acordo com a informação recebida, abstendo-se de atuar. No entanto, perante a redação legal pouco explícita coloca-se-nos a seguinte questão: o superior civil desconsiderou a informação porque não se conformava com a realização típica, ou, por outro lado, atuou conformando-se com essa mesma realização? Ora, facilmente concluímos que este *standard* se reconduz à figura do “*willful blindness*”<sup>150</sup> (ignorância deliberada) desenvolvida pela jurisprudência dos tribunais *ad hoc* ou à figura da “*recklessness*” (negligência consciente)<sup>151</sup>. Entre nós as

---

<sup>149</sup> Nas palavras de Greg Vetter (2000:120): “*The civilian formulation sets an easier standard for the accused to exonerate himself or herself via the knowledge element*”.

<sup>150</sup> Kai Ambos (2005:332) considera que “*ceguera intencional*” se situa entre o conhecimento e a figura do “*recklessness*”.

<sup>151</sup> Antonio Cassese (2003:168) define a *recklessness* (*dolus eventualis*) como “*a state of mind where the person foresees that his action is likely to produce its prohibited consequences, and nevertheless takes the risk of so acting*”.

figuras aplicáveis reconduzem-se ao dolo eventual<sup>152</sup> (no caso de o superior representar a possibilidade de a sua conduta produzir um resultado penalmente desvalioso conformando-se com esse resultado) ou à negligência consciente (quando o superior não se conforma com o resultado, não obstante representar de igual modo a possibilidade de a sua conduta realizar o facto típico).

Efetivamente, não é quanto elemento intelectual as condutas não se distinguem uma vez que ambos representam a possibilidade de lesão do bem jurídico. Assim, é no plano volitivo que as duas figuras divergem<sup>153</sup>.

FENRICK<sup>154</sup> defende que os indícios a que se recorre para provar o conhecimento efetivo também se podem aplicar a superiores civis, devendo, em ordem à sua punição, verificar-se: a existência de informação indicando claramente um risco significativo de que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer determinado crime; que essa informação estava à disposição do superior; e, por fim, que o superior, tendo conhecimento dessa mesma informação, não a valorizou adequadamente.

---

<sup>152</sup> Figueiredo Dias (2004:351) fala a este propósito de “*dolo condicional*”.

<sup>153</sup> Sobre a distinção mencionada veja-se Figueiredo Dias (2004:352 e ss.)

<sup>154</sup> Kai Ambos (1999:591)

## CONCLUSÃO

De regresso ao art. 28º, e, para concluir, diga-se, como o faz CHARLES GARRAWAY que a responsabilidade superior assume-se como uma exceção às regras penais em matéria de responsabilidade individual: “*It imposes an additional responsibility on a commander beyond those that would involve him as a principal in the offence*”<sup>155</sup>. No entanto, como foi reconhecido pelo Tribunal Militar Americano no célebre processo *Yamashita*:

“*It is absurd, however, to consider a commander a murderer or rapist because one of his soldiers commits a murder or a rape*”<sup>156</sup>.

Reiteramos que o superior não é diretamente responsável pelos crimes perpetrados pelos subalternos, mas antes pela sua conduta omissiva: pela falha em prevenir o crime ou punir o seu agente. Uma vez que o art. 30.º evidencia a rejeição de uma forma de *vicarious responsibility*, a responsabilidade criminal dos superiores hierárquicos exige a verificação da *mens rea* conjugada com uns quantos elementos objetivos. Vejamos.

Em primeiro lugar torna-se necessário que o agente da infração seja um superior hierárquico (militar ou não) e exerça controlo e autoridade efetivos sobre os subordinados sob o seu comando.

Em segundo lugar, tem de verificar-se a omissão de todas as medidas necessárias e razoáveis ao alcance do superior, suscetíveis de prevenir ou reprimir a prática das infrações ou, em alternativa, a reportar a sua prática às autoridades competentes para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Do lado subjetivo, o art. 28.º consagra um elemento psicológico menos exigente uma vez que, como já tivemos oportunidade de observar, admite a punição de condutas a título de negligência. No entanto, um superior apenas pode ser criminalmente responsável se se provar que sabia ou deveria ter sabido dos comportamentos ilícitos dos subordinados.

---

<sup>155</sup> Charles Garraway (2009:726-727)

<sup>156</sup> *Apud* Charles Garraway (2009:726)

Aqui chegados, importa lembrar que no nosso estudo propusemo-nos a ensaiar uma correta compreensão da figura da *command responsibility*, focando-nos, para tal, nos aspetos do regime porventura menos claros.

Uma visão geral da jurisprudência do TPIJ e do TPIR demonstra que, como afirma FERREIRA DE ALMEIDA “o que começou por ser uma mera proclamação doutrinal, de há muito se postou na esfera do direito internacional costumeiro com a natureza de um princípio solidamente estabelecido”<sup>157</sup>.

Fruto dos contributos jurisprudenciais e doutrinários, e tendo em conta o regime mais recente previsto no ETPI, podemos afirmar que as seguintes proposições estão em consonância com o direito internacional costumeiro<sup>158</sup>:

1. o superior será responsabilizado independentemente do seu estatuto formal ou da sua posição oficial na cadeia de comando: o ponto de alavanca da doutrina reside no requisito do controlo efetivo;
2. o termo “superior” não está limitado ao contexto puramente militar: a doutrina da *command responsibility* foi estendida aos agentes em posição de comando, sejam chefes militares ou autoridades civis;
3. mais do que um superior pode ser responsabilizado pelo mesmo crime levado a cabo pelo subordinado;
4. a referência no art. 28.º a “*crimes da competência do Tribunal*” é importante uma vez que significa que a “simples” inobservância do dever de supervisão por parte do superior não é criminalmente relevante a não ser que haja sido cometido um crime elencado no catálogo do art. 5.º;
5. a designação formal de “*superior*” não é um requisito essencial: o agente pode ser superior com base na relação *de jure* ou *de facto*;
6. a doutrina de comando tem aplicação independentemente da classificação do conflito como interno ou internacional;
7. o requisito *mens rea* impõe que o superior conheça ou devesse conhecer as condutas criminosas dos seus subordinados;
8. o conhecimento efetivo pode ser aferido através de prova direta ou circunstancial;

---

<sup>157</sup> Francisco Almeida (2009:266)

<sup>158</sup> Sonja Suominen (2001:784)

9. o superior hierárquico deve tomar todas as medidas necessárias e razoáveis ao seu alcance, suscetíveis de prevenir ou reprimir a comissão de crimes, ou, em alternativa, reportar a sua prática às autoridades;
10. não existe um catálogo taxativo que indique todas as medidas adequadas que o superior deve tomar;
11. não se exige a prova do elemento causal, i.e, não é imprescindível demonstrar que os crimes são o resultado da inobservância, pelo superior, do seu dever de supervisão.

O ETPI constitui, assim, um repositório de normas de carácter substantivo e processual<sup>159</sup> que refletem a evolução da jurisprudência e doutrina e o compromisso do direito internacional com a defesa dos direitos humanos. Tal como acentua BEATRICE BONAFÉ: “*command responsibility is perceived as an indispensable tool to ascribe criminal responsibility to military and political leaders for international crimes committed at the collective and state level*”<sup>160</sup>.

Embora o ETPI tenha consagrado uma responsabilidade em termos muito amplos<sup>161</sup>, não cremos que o alargamento do âmbito de aplicação da doutrina seja motivo de alarme, uma vez que o princípio tem sido objeto de uma correta aplicação<sup>162</sup>, e a determinação dos elementos da doutrina de comando tem conduzido a uma aplicação jurisprudencial cada vez mais restrita do preceito<sup>163</sup>. BEATRICE BONAFÉ sustenta que a doutrina da responsabilidade superior tem sido aplicada a um número muito limitado de casos e lança duas razões justificativas: a dificuldade em provar os seus elementos constitutivos, e a já aludida preferência pela responsabilidade direta em detrimento da doutrina de comando<sup>164</sup>.

Permitimo-nos afirmar que a adoção do Estatuto de Roma corresponde a uma vitória dirigida à salvaguarda dos mais elementares direitos humanos e à promoção da paz internacional.

---

<sup>159</sup> Ana Pais (2013:163)

<sup>160</sup> Beatrice Bonafé (2007:617)

<sup>161</sup> Neste sentido, Francisco Almeida (2009:270)

<sup>162</sup> Neste sentido, Ana Pais (2009:116)

<sup>163</sup> Beatrice Bonafé (2007:617)

<sup>164</sup> Beatrice Bonafé (2007:61)

Resumido o essencial, comungamos da opinião de Kofi Annan quando qualifica o Estatuto de Roma como “*um presente para as gerações futuras*”<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> *Apud* Kurt Scharf (2003:13)

## **FONTES E BIBLIOGRAFIA**

### **MONOGRAFIAS**

ALMEIDA, Francisco Ferreira de, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, Almedina, 2009;

AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Tradução de Ezequiel Malarino da versão abreviada e actualizada de *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung* (2002), Duncker & Humblot, 2005;

BOAS, Gideon/BISCHOFF, James L./REID, Natalie L, *Forms of Responsibility in International Criminal Law. International Criminal Law Practitioner Library Series*, vol.1, Cambridge University Press, 2007;

CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2014;

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003;

CASSESE, Antonio, *International Criminal Law, Second Edition*, Oxford University Press, 2008;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2004;

GARRAWAY, Charles, *The Doctrine of Command Responsibility*, in: *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishenko*, Editado por José Dória, Hans-Peter Gasser & M. Cherif Bassiouni, Martinus Nijhoff Publishers, 2009;

LEITE, André Lamas, *As Posições de Garantia na Omissão Impura. Em especial, a Questão da Determinabilidade Penal*, Coimbra Editora, 2007;

PAIS, Ana Isabel Rosa, *O Direito Penal Internacional e a Responsabilidade dos Superiores Hierárquicos*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2013;

TRIFFTERER, Otto, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*. Nomos, Baden-Baden-, 1999;

WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law, Second Edition*, T M C Asser Press, 2009;

WERLE, Gerhard/JESSBERGER, Florian, *Principles of Internacional Criminal Law, Third Edition*, Oxford University, 2014;

## **ARTIGOS**

AMBOS, Kai, *La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional* in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LII, 1999, p. 527-593;

BONAFÉ, Beatrice, *Finding a Proper Role for Command Responsibility*, *Journal of Internacional Criminal Justice*, vol. 5, n.º 3, July 2007, p. 599-618;

DANNER, Allison/MARTINEZ, Jenny, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, *California Law Review*, 2005, p. 75-169;

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, *Os elementos psicológicos dos crimes previstos no Tratado de Roma*, *Revista Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional – Conferência Internacional da FDUCP/PGR* (24 e 25 de Março de 2006), vol. especial, 2006, p. 133-146;

FRULLI, Micaela, *Exploring the Applicability of Command Responsibility to Private Military Contractors*, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 15, n.º 3, September 2010, p. 435-466;

GREEN, L.C, *Command Responsibility in International Humanitarian Law*, *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 5, 1995, p. 319-371;

GREENWOOD, Christopher, *Command Responsibility and the Hadžihasanović Decision*, *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 598-605;

LEANDRO, Francisco José, *A responsabilidade criminal dos chefes militares no Estatuto de Roma*, *Revista Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional – Conferência Internacional da FDUCP/PGR* (24 e 25 de Março de 2006), vol. especial, 2006, p.81-132;

LEVINE, Eugenia, *Command Responsibility. The Mens Rea Requirement*, *Global Policy Forum*, February 2005, disponível em: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/163/28306.html>;

MARTINEZ, Jenny S., *Understanding Mens Rea in Command Responsibility*. From Yamashita to *Blaškić and Beyond*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 3, July 2007, p. 638-664;

MELONI, Chantal, *Command Responsibility. Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?*, *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 619-637;

MOLOTO, Bakone, *Command Responsibility in International Criminal Tribunals*, *Berkeley J. Int’L L. Publicist*, vol.3, 2009, p. 12-25;

NERLICH, Volker, *Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?*, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, n.º 3, July 2007, p.665-682;

NYBONDAS, Maria, *Civilian Superior Responsibility in the Kordić Case*, *Netherlands International Law Review*, vol. L 2003/1, p.59-83;

O’BRIEN, Melanie, *The Ascension of Blue Beret Accountability: International Criminal Court Command and Superior Responsibility in Peace Operations*, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 15, n.º 3, 2010, p. 533-555;

ROBINSON, Darryl, *How Command Responsibility Got So Complicated: A culpability contradiction, its obfuscation, and a simple solution*, *Melbourne Journal of International Law*, 2012, p. 1-58;

RODRIGUES, Almiro, *A Responsabilidade Criminal do Superior Hierárquico em Direito Penal Internacional*, *Revista Direito e Justiça, o Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional – Conferência Internacional da FDUCP/PGR (24 e 25 de Março de 2006)*, vol. especial, 2006, p. 325-342;

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Princípio da Jurisdição Penal Universal e Tribunal Penal Internacional. Exclusão ou complementaridade?*, in: *Direito Penal Internacional*.

*Para a Protecção dos Direitos Humanos. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Goethe-Institut de Lisboa, Edições Fim de Século, 2003;*

*RONEN, Yaël, Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2010, p. 313-356;*

*SUOMINEN, Sonja, Prosecuting Superiors for Crimes Committed by Subordinates: A Discussion of the First Significant Case Law Since the Second World War, Virginia Journal of International Law, 2001, p. 747-785;*

*TRESCHER, Stefan, Command Responsibility as a Separate Offense, Berkeley J. Int' L L. Publicist, 2010, p. 26-35;*

*TRIFFTERER, Otto, Causality, A Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?, Leiden Journal of International Law, vol. 15, n°1, March 2002, p.179-205;*

*VETTER, Greg, Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court (ICC), The Yale Journal of International Law, p. 89-143;*

*WILLIAMSON, Jamie A., Command Responsibility in the Case Law of the International Criminal Tribunal For Rwanda, Criminal Law Forum, 2002, p. 365-384;*

*KEITH, Kirsten M.F., The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence, Leiden Journal of International Law, 2001, p. 617-634;*

*KNOOPS, Geert-Jan Alexander, The Transposition of Superior Responsibility onto Guerrilla Warfare under the Laws of the Interational Criminal Tribunals, International Criminal Law Review 7, 2007, p. 505-529;*

*KURT, Scharf, Introdução, in: Direito Penal Internacional. Para a Protecção dos Direitos Humanos. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Goethe-Institut de Lisboa, Edições Fim de Século, 2003.*