

# De LEGIBUS

8

2024

## A RESPONSABILIDADE PENAL DOS SUPERIORES HIERÁRQUICOS MILITARES: O CASO *BEMBA* E O CONCEITO DE “*REMOTE COMMANDER*”

THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF MILITARY SUPERIORS:  
THE *BEMBA* CASE AND THE CONCEPT OF “*REMOTE COMMANDER*”

JOÃO MIGUEL FRAGOSO SIMÕES

REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

# A RESPONSABILIDADE PENAL DOS SUPERIORES HIERÁRQUICOS MILITARES: O CASO *BEMBA* E O CONCEITO DE “*REMOTE COMMANDER*”\*

THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF MILITARY SUPERIORS:  
THE *BEMBA* CASE AND THE CONCEPT OF “*REMOTE COMMANDER*”\*

---

JOÃO MIGUEL FRAGOSO SIMÕES\*\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Responsabilidade Penal dos Superiores Hierárquicos; 2.1. Em sentido estrito; 2.2. Emergência do instituto; 2.3 Natureza jurídica da responsabilidade consagrada no artigo 28.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; 3. O artigo 28.º, alínea a), do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; 3.1. Pressupostos objetivos (*actus reus*); 3.1.1 O estatuto de superior hierárquico; 3.1.2 “Comando e controlo” ou “autoridade e controlo” efetivos; 3.1.3 Crimes cometidos pelo facto de o superior não ter exercido um controlo apropriado sobre as suas forças; 3.1.4 Medidas necessárias e adequadas ao seu alcance; 3.2. Pressupostos subjetivos (*mens rea*); 3.2.1 Conhecimento da prática dos crimes (ou da preparação para a comissão desses atos); 3.2.2 “Deveria ter tido conhecimento” da prática dos crimes (ou da preparação para a comissão desses atos); 4. O caso *Bemba* e o conceito de “*remote commander*”; 4.1. Breve contexto; 4.2. A condenação de 2016; 4.3. A absolvição de 2018; 5. Conclusão.

**RESUMO:** Neste trabalho, realizaremos uma breve análise do regime da responsabilidade penal dos superiores hierárquicos militares, de modo a proceder à apreciação crítica do caso *Bemba*, em particular do conceito de “*remote commander*”. Este conceito foi utilizado como um dos fundamentos da decisão, proferida pelo Tribunal Penal Internacional, de absolvição de Jean-Pierre Bemba Gombo de todos os crimes de que era acusado. Para cumprir este fim, após um breve excursus sobre a evolução do instituto da responsabilidade penal dos superiores hierárquicos e sua natureza jurídica, debruçar-nos-emos sobre os vários requisitos consagrados no artigo 28.º, alínea a), do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e respetivas dúvidas que ao preenchimento dos mesmos se levantam. Por fim, faremos o nosso

---

\* Trabalho realizado no âmbito da unidade curricular de Direito Internacional Público do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a regência do Senhor Professor Doutor Francisco Ferreira de Almeida.

\*\* Monitor na secção de Ciências Jurídico-Filosóficas e Mestrando em Direito, na área de especialização de Ciências Jurídico-Criminais, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: joaomiguelfragososimoies@gmail.com

percurso pelo caso *Bemba*, através de uma síntese do contexto em que ocorreram os factos, da decisão de condenação, de 2016, e da decisão de absolvição, proferida em 2018. Nesta última, cingir-nos-emos aos problemas em torno do conceito de “*remote commander*”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade penal dos superiores hierárquicos; *remote commander*; Tribunal Penal Internacional; direito internacional penal.

**ABSTRACT:** In this paper, we will briefly analyse the framework for the criminal liability of military superiors in order to critically assess the Bemba case, in particular the concept of ‘remote commander’. This concept was used as one of the grounds for the International Criminal Court’s decision to acquit Jean-Pierre Bemba Gombo of all the crimes of which he was accused. To this end, after a brief excerpt on the evolution of the institute of the criminal responsibility of hierarchical superiors and its legal nature, we will look at the various requirements enshrined in Article 28(a) of the Rome Statute of the International Criminal Court and the respective doubts that arise regarding their fulfilment. Finally, we will go through the Bemba case, summarising the context in which the facts occurred, the 2016 conviction decision and the 2018 acquittal decision. In the latter, we will focus on the problems surrounding the concept of ‘remote commander’.

**KEYWORDS:** Criminal responsibility of military superiors; remote commander; International Criminal Court; international criminal law.

## 1. INTRODUÇÃO

Qualquer conflito armado<sup>1</sup> é terreno fértil para a ocorrência das mais graves violações de Direito Internacional, em particular Humanitário. Assim sendo, impõe-se que as partes envolvidas respeitem, tanto quanto possível, o Direito Internacional.

---

1 Apesar de a responsabilidade dos superiores hierárquicos militares estar, paradigmaticamente, associada ao desenrolar de um conflito bélico, tal não significa que a mesma seja excluída fora desse âmbito. Referimo-nos aos recentes desenvolvimentos a nível da construção de uma responsabilidade – ainda que em contornos adaptados – de superiores hierárquicos fora de um contexto de guerra pela falha na prevenção, repressão ou denúncia de crimes (constantes do artigo 7.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional) praticados por membros de forças sob o seu comando efetivo durante operações de paz e ação humanitária (levadas a cabo por essas mesmas forças). Sobre o tópico, Lenneke Sprik, “Command responsibility in peacekeeping missions: normative obligations of protection in a criminal law environment”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol.22, n.º 3 (2017): 497-522, 500-506.

Todavia, o mesmo acaba, na maioria das vezes, por ser relegado para segundo plano no desenrolar da execução de operações militares.

Não podendo essas ofensas ficar impunes<sup>2</sup>, em respeito pelo princípio da jurisdição penal universal<sup>3</sup> e sob pena de o Direito Internacional se ver esvaziado de sentido e de força jurídica por falta de eficácia, cabe ao Direito Internacional Penal aferir e determinar a responsabilidade dos indivíduos envolvidos.

É neste contexto que surge a doutrina da responsabilidade dos superiores hierárquicos, sujeitos que, ao desempenharem um papel central na chefia e no comando de tropas em situações de conflitos bélicos, ocupam uma posição privilegiada no que toca ao respeito pelos princípios gerais de Direito Internacional. É-lhes reconhecida uma profunda influência no modo como o conflito é conduzido, fundamentando assim a sua responsabilidade em caso de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade cometidos por forças sob o seu comando.

Será, por isso, essencial estabelecer os fundamentos e limites do regime jurídico desta modalidade de responsabilidade individual<sup>4</sup> que vem sendo desenvolvida através de contributos jurisprudenciais, doutrinários e alguns esforços de codificação<sup>5</sup>, e que hoje se reporta assente em costume internacional. Só assim tal regime poderá ser utilizado eficazmente, determinando os termos em que é aplicável, e legitimamente, i.e., respeitando os princípios fundamentais de Direito Internacional Penal<sup>6</sup>.

---

2 Chama-se a atenção de que podemos mesmo falar de obrigações *erga omnes* para os Estados (de julgar, extraditar e de não aplicação de certas causas de exclusão da exoneração da responsabilidade) decorrentes do reconhecimento de certas normas como *jus cogens*. Apesar do delineamento claro do leque de tais normas ser difícil e discutível, parece seguro apontar como exemplo as normas que consagram os Crimes contra a Humanidade plasmadas no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (artigo 7.º), acompanhando o pensamento de Francisco António de M. L. Ferreira de ALMEIDA, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal* (Coimbra: Almedina, 2009), 136-146.

3 Um claro marco da Humanização do Direito Internacional Penal, Ana Isabel Rosa Pais, *O Direito Penal Internacional e a Responsabilidade dos Superiores Hierárquicos* (Coimbra: Coimbra Editora, 2013), 27-29.

4 Regime esse que, nas palavras de William A. Schabas, tem “gerado mais calor do que providenciado luz” (tradução nossa), William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press, 2016), 608-609.

5 Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade*, 250-266.

6 Sobre os princípios fundamentais de Direito Penal, Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Internacional Penal: Uma Perspetiva Dogmático-Crítica*, (Coimbra: Almedina, 2023), 193-208, 261-265, 307-311 e 331-356.

## 2. RESPONSABILIDADE PENAL DOS SUPERIORES HIERÁRQUICOS

### 2.1. EM SENTIDO ESTRITO

O Estatuto de Roma consagra, no seu artigo 28.º, o chamado “princípio da responsabilidade superior”, que será o alvo do nosso estudo.

Esta forma de responsabilidade criminal internacional não encontra a sua origem em institutos ou normas de direito interno, sendo um produto totalmente original do direito internacional invertendo o comum processo de criação das normas internacionais, em que partimos das normas e institutos internos para, a partir destes, criar normas internacionais.<sup>7</sup>

Este princípio (ou doutrina) consiste na ideia de que os sujeitos que, ocupando uma posição de autoridade ou comando, falharam na prevenção ou punição dos delitos (aos quais se liguem sanções penais) praticados pelos seus subordinados devem ser (penalmente) responsabilizados<sup>8</sup>.

Será este o sentido que adotaremos para a doutrina da responsabilidade dos superiores hierárquicos, o que corresponde a um entendimento estrito deste princípio, procurando excluir, deste modo, um conjunto significativo de condutas em que o superior participa ativamente na comissão do delito, através de ordens, instigação, auxílio ou qualquer outra forma de autoria ou participação<sup>9</sup>, sobre as quais não pretendemos pronunciar-nos para os propósitos deste estudo.

---

7 Pais, *O Direito Penal Internacional*, 49.

8 *Ibidem*, 50.

9 *Ibidem*, e Chantal Meloni, “Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3 (2007), 622. Relativamente às situações de autoria que pretendemos excluir, cabe referência às situações de autoria mediata através do “domínio de organização” enquanto “domínio da vontade”, no âmbito da teoria do domínio do facto (Claus Roxin), cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I* (Coimbra: Gestlegal, 2019), 919-923.

Note-se ainda que, falando da responsabilidade dos superiores enquanto responsabilidade por uma conduta marcada pela falha ou omissão de um determinado comportamento, a teoria do domínio do facto é desadequada para determinar a autoria, pelo facto de ter sido desenvolvida para aplicação aos crimes dolosos de ação. Dias, *Direito Penal*, 896 e 1129.

## 2.2. EMERGÊNCIA DO INSTITUTO

A responsabilização de um superior hierárquico por factos cometidos pelos seus subordinados é algo que, apesar de encontrar no pós-Segunda Guerra o seu marco mais significativo, acaba por encontrar as suas origens em pontos muito anteriores aos conflitos bélicos da primeira metade do século XX.

A primeira vez que a doutrina considera que podemos falar neste conceito é com Sun Tzu, no séc. VI a.C., que na sua obra *A Arte da Guerra* afirmava o princípio segundo o qual o comandante tem o dever de controlar os seus subordinados no campo de batalha e, como tal, é também responsável pelo seu comportamento<sup>10</sup>.

Outros exemplos podem, igualmente, ser mobilizados, desde a obra *De jure belli ac pacis libri tres* de Grócio<sup>11</sup>, passando por leis da guerra do rei Gustavo Adolfo II da Suécia e considerações de Napoleão<sup>12</sup>, entre outros<sup>13</sup>.

Contudo, apenas no séc. XX, com as Convenções de Haia de 1907, a doutrina da responsabilidade de comando<sup>14</sup> – como também é designada, especialmente pelas fontes de língua inglesa – viria a ser positivada numa codificação legislativa de cariz internacional e a sua aplicação não ocorreria até 1920, com os julgamentos dos chefes militares alemães pelo Supremo Tribunal Alemão, em Leipzig, na sequência do final da I Guerra Mundial.

Como já adiantámos, não é até 1945, com o caso *Yamashita* – referente a um processo instaurado contra o general japonês Tomoyuki Yamashita, após o fim da II Guerra Mundial – que grande parte da doutrina considera que se dá o marco definitivo na determinação do conceito de responsabilidade

---

10 Diz Sun Tzu: “Quando as tropas fogem, se mostram insubordinadas, desorientadas, desordenadas, ou são desencaminhadas, a culpa cabe ao general. Nenhuma destas desordens pode ser atribuída a causas naturais”, Sun Tzu, *A Arte da Guerra*, trad. Miguel Conde (Bertrand, 2009).

11 Hugo Grócio, *De jure belli ac pacis libri tres*, trad. Francis W. Kelsey (Oxford: Clarendon Press, 1925), 523.

12 Robert Debs Heinl, *Dictionary of military and naval quotations* (Annapolis: United States Naval Institute, 1966), 56.

13 Para um enquadramento histórico detalhado, incluindo os exemplos mencionados e outros, William H. Parks, “Command Responsibility for War Crimes”, *Military Law Review*, n.º 62 (1973): 5-19.

14 Responsabilidade de comando é uma terminologia mais restrita, visto que exclui os superiores civis, nesse sentido, Meloni, “Command Responsibility”, 619.

do superior<sup>15</sup>. É nele que surge o chamado “*Yamashita standard*”, que não é mais que o padrão que fora utilizado para aferir a responsabilidade do general perante os crimes cometidos pelas suas forças, e que é criticado por representar um exemplo de responsabilidade objetiva<sup>16</sup>, sendo que a Comissão Militar encarregue da acusação de Yamashita nunca conseguiu comprovar a tomada de conhecimento pelo General das atrocidades cometidas pelas tropas sob o seu comando<sup>17</sup>.

O caso *Yamashita* é extremamente controverso, tanto que Guénaël Mettraux se refere ao que nele se estabeleceu como “uma doutrina nascida do pecado”, pois surgem aqui os vultos de uma “justiça dos vencedores”, visto que se aplicássemos o *standard* construído pela jurisprudência no caso *Yamashita* a generais das Forças Aliadas – por exemplo, ao general MacArthur – também este seria, provavelmente, julgado e condenado pelos crimes praticados pelos soldados aliados, durante a II Guerra Mundial<sup>18</sup>.

O período que imediatamente se seguiu não seria prolífico ao nível do desenvolvimento da doutrina da responsabilidade de comando, falando-se mesmo num período de estagnação que perdurou por mais de 30 anos, que veio a quebrar-se com os Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, mais concretamente com os seus artigos 86.º e 87.º do Protocolo I Adicional de 1977, respetivamente sobre omissões e sobre deveres dos comandantes<sup>19</sup>.

Não obstante o valor destas normas, só na segunda metade do séc. XX, com os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda (principal, mas não exclusivamente), é que encontramos a base do pensamento hodierno. É precisamente a partir do artigo 7.º parágrafo 3 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, do artigo 6.º parágrafo 3 do Estatuto do Tribunal Penal

15 Pais, *O Direito Penal Internacional*, 56-58, Guénaël Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, (Oxford University Press, 2009), 6, e Antonio Cassese, *Cassese’s International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 183.

16 Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 7. Defendendo que tal condenação não constitui exemplo de uma responsabilização objetiva, Parks, “Command Responsibility”, 22-37.

17 Meloni, “Command Responsibility”, 622-623.

18 Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 5-7.

19 Pais, *O Direito Penal Internacional*, 61-62.

Internacional para o Ruanda e do trabalho jurisprudencial destes tribunais que se constroem muitas das traves-mestras em que assenta o regime da responsabilidade dos superiores hierárquicos, hoje tanto civis como militares, *de iure* ou *de facto*<sup>20</sup>.

O culminar deste caminho percorrido é o artigo 28.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que se dedica exclusivamente a esta problemática e que será o objeto das páginas que se seguem, logo após uma breve referência ao problema da natureza jurídica da responsabilidade dos superiores hierárquicos<sup>21</sup>.

### **2.3. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CONSAGRADA NO ARTIGO 28.º DO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

Esta é uma questão que desde cedo inquietou a doutrina, sendo que a dificuldade está, precisamente, no facto de este ser uma originalidade do ordenamento jurídico internacional – hoje ancorada num direito consuetudinário consolidado<sup>22</sup> –, não sendo tributário de nenhuma figura previamente prevista no direito interno<sup>23</sup>. Alia-se a este facto a circunstância de não existir uma “Parte Geral” do Direito Internacional Penal que uniformize os princípios e conceitos relevantes, levando a esta incerteza em torno da natureza dogmática deste tipo de responsabilidade<sup>24</sup>.

---

20 Pais, *O Direito Penal Internacional*, 64 e ss.

21 Não podemos deixar de fazer uma breve referência a um particular vetor de expansão que se tem vindo a decalcar quanto à responsabilidade dos superiores hierárquicos. A tese em causa defende que o próximo passo para esta doutrina é a sua transição para um autêntico princípio de Direito Internacional dos Direitos Humanos, segundo o qual se visa responsabilizar líderes militares e civis por violações de Direitos Humanos causados pelos seus subordinados, tanto em tempos de guerra, como em tempos de paz. Defendendo esta perspectiva de transição da doutrina da responsabilidade dos superiores, Patrick Walsh / Joshua F. Berry, “Expanding command responsibility beyond war: the application of the doctrine of command responsibility to human rights law”, *Liberty University Law Review*, Vol. 11, n.º 423 (2016), 423-450, 424-426.

22 Gerard Werle e Florian Jeßberger, *Principles of International Criminal Law* (Oxford University Press, 2020), 264-265.

23 Werle e Jeßberger, *Principles of International*, 265-266.

24 Concluindo pela necessidade e carência de uma sistematização e codificação da “Parte Geral” do Direito Internacional Penal, M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (Cambridge University Press, 2011), 578.



Uma primeira proposta de classificação foi formulada com base na jurisprudência do pós-guerra e nos primeiros acórdãos dos Tribunais *ad hoc*<sup>25</sup>. Esta posição classificava a responsabilidade dos superiores hierárquicos como uma modalidade especial de responsabilidade por omissão ligada ao estatuto de um superior<sup>26</sup>.

Tal entendimento surge do facto de que grande parte das condenações obtidas nos Tribunais do pós-guerra foi relativa à participação direta<sup>27</sup> dos superiores na prática dos factos pelos seus subordinados, estando em causa uma responsabilidade dos superiores hierárquicos *lato sensu*. Na prática, o superior era responsabilizado pelo mesmo crime cometido pelo seu subordinado, sendo aquele considerado cúmplice deste<sup>28</sup>.

Uma segunda linha de pensamento, adotada pelas decisões mais recentes dos Tribunais *ad hoc*<sup>29</sup> e parte significativa da doutrina<sup>30</sup>, defende que a responsabilidade dos superiores hierárquicos é um modo de responsabilidade subsidiária *sui generis*<sup>31</sup>.

Tal posição decorre da interpretação que se podia fazer das provisões contidas no estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia<sup>32</sup>, mas há quem considere que o artigo 28.º do Estatuto de Roma prevê expressamente a responsabilidade dos superiores hierárquicos como uma responsabilidade *sui generis*<sup>33</sup>.

25 Meloni, “Command Responsibility”, 623-624 e Werle e Jeßberger, *Principles of International*, 266. Cfr. *The Prosecutor v. Mucić et al.*, ICTY (AC), judgment of 20 February 2001 (IT-96-21-A), [parágrafos 185-197], *The Prosecutor v. Mucić et al.*, ICTY (TC), judgment of 16 November 1998, (IT-96-21-T), [parágrafo 377] e *The Prosecutor v. Barayagwiza et al.*, ICTR (TC I), judgment of 3 December 2003, (ICTR-99-52-T), [parágrafos 973-1064].

26 Werle e Jeßberger, *Principles of International*, 266.

27 Note-se que participação direta não significa participação física, abrangendo outras formas de participação como a simples aquiescência dos factos, tal como se estabeleceu no caso *Yamashita*, cfr. judgment of the US Supreme Court, in re Yamashita, 327 U.S.1 (1946).

28 Meloni, “Command Responsibility”, 622.

29 Nomeadamente, *The Prosecutor v. Zdravko Mucić et al.*, ICTY (AC), judgment of 20 February 2001 (IT-96-21-A); *The Prosecutor v. Zdravo Mucić et al.*, ICTY (TC), judgment of 16 November 1998 (IT-96-21-T); *The Prosecutor v. Naser Orić*, ICTY (TC), judgment of 30 June 2006 (IT-03-68-T).

30 Defendendo este entendimento, Werle e Jeßberger, *Principles of International*, 266-267, Meloni, “Command Responsibility”, 632, Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade*, 249-250 e Cassese, *Cassese’s International*, 191-192.

31 Werle e Jeßberger, *Principles of International*, 266.

32 Meloni, “Command Responsibility”, 623-624.

33 Werle e Jeßberger, *Principles of International*, 266-267.

Segundo os defensores desta classificação, não estamos perante nenhuma modalidade de responsabilidade reconduzível às já conhecidas nos vários ordenamentos internos, não sendo uma forma de cumplicidade<sup>34</sup> – por não requerer a prova de umnexo causal entre a omissão do superior e a conduta do(s) subordinado(s) e porque os pressupostos subjetivos são menos exigentes do que os previstos para outras formas de cumplicidade – nem um crime autónomo de omissão – dado que a responsabilização do superior dificilmente ocorrerá sem a ligação da sua omissão à preparação, tentativa ou prática de um crime pelo subordinado, tanto que a severidade da sentença dependerá, em larga medida, da gravidade dos crimes cometidos em razão da omissão<sup>35/36</sup>.

Surge, por fim, uma terceira corrente doutrinária, e com alguma adoção na jurisprudência<sup>37</sup>, que propugna pela classificação da responsabilidade dos superiores hierárquicos como um crime específico e autónomo de omissão e não como uma modalidade de responsabilidade (nem especial nem subsidiária) pelos crimes cometidos pelos subordinados<sup>38</sup>.

Tratando-se de uma questão incidental face ao objeto desta investigação, limitamo-nos a evidenciar que a posição adotada pela Terceira Câmara de Julgamento do Tribunal Penal Internacional no caso *Bemba* foi a de que esta seria uma forma de responsabilidade *sui generis*<sup>39</sup>.

34 Entre nós, a cumplicidade (ou participação) é prevista no artigo 27.º do Código Penal. Sobre a cumplicidade, cfr. Dias, *Direito Penal*, 960-979. Sobre o artigo 27.º, em específico, cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos* (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2024), 238-241.

35 No ordenamento jurídico português, podemos, adotando a distinção de Figueiredo Dias, autonomizar crimes de omissão puros ou próprios e impuros ou impróprios. O critério de distinção, nesta perspetiva, prende-se com o facto de os impuros não estarem previstos no tipo legal de crime, sendo necessário o recurso a uma cláusula geral de equiparação da omissão à ação para delimitar o círculo de autores idóneos e da caracterização do dever de garantia em cada situação concreta, assim Dias, *Direito Penal*, 1067-1068. A cláusula de equiparação está prevista no artigo 10.º do Código Penal, sobre a mesma cfr. Albuquerque, *Comentário ao Código Penal*, 120-140. Quanto aos crimes de omissão puros, o exemplo paradigmático é o crime de omissão de auxílio, consagrado no artigo 200.º do Código Penal, sobre este crime cfr. Dias, *Direito Penal*, 1068, e Albuquerque, *Comentário ao Código Penal*, 900-904.

36 Meloni, “Command Responsibility”, 631-632, e Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade*, 249-250. Note-se, no entanto, que este último autor salienta a consagração da responsabilidade dos superiores enquanto uma infração autónoma como alternativa preferível à atual consagração, Cfr. *idem*, 271-272.

37 *The Prosecutor v. Naser Orić*, ICTY (TC), judgment of 30 June 2006 (IT-03-68-T).

38 Werle e Jeßberger, *Principles of International*, 266.

39 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Judgement)* ICC-01/05-01/08 (21 de março de 2016), [parágrafos 171-174].

Não obstante, sublinhe-se, não queremos sugerir que a questão é supérflua e inconsequente. Muito pelo contrário, tem manifesta relevância do ponto de vista prático, mais concretamente, a nível da sentença, visto que as posições que veem no instituto da responsabilidade dos superiores uma modalidade de responsabilidade permitirão a condenação do superior pelo(s) crime(s) que os seus subordinados tiverem cometido, o que revelar-se-á, mais das vezes, uma punição mais severa do que aquela que seria aplicada por um crime autónomo de omissão<sup>40</sup>.

### **3. O ARTIGO 28.º, ALÍNEA A), DO ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

O artigo 28.º do Estatuto de Roma, “Responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos”, distingue casos nos quais os superiores hierárquicos são chefes militares dos demais (superiores hierárquicos civis, como um Ministro de um Estado, por exemplo). De qualquer modo, tanto num caso como no outro se destrinçam elementos objetivos e subjetivos deste crime, sendo que, devido ao objeto desta investigação, nos focaremos numa avaliação destes pressupostos em relação a superiores hierárquicos militares.

São cinco os pressupostos autonomizados: 1) a existência de um indivíduo que possua o estatuto de superior hierárquico militar ou civil; 2) que exerça comando e controlo ou autoridade e comando efetivo dos seus subordinados; 3) que, por sua vez, cometem crimes (da competência do Tribunal Penal Internacional) pelo facto de o superior não ter exercido um controlo apropriado sobre os mesmos; 4) a subsequente falha do superior na tomada das medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir, reprimir ou reportar os factos; e 5) o conhecimento, ou a falta negligente do mesmo, dos crimes cometidos pelos subordinados<sup>41</sup>.

Estes requisitos correspondem, essencialmente, aos seis requisitos estabelecidos pelo Tribunal Penal Internacional no caso *Bemba* para determinar a

---

40 Neste sentido, Meloni, “Command Responsibility”, 620-621.

41 Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law: Volume I: Foundations and General Part* (Oxford University Press, 2021), 289.

responsabilidade do superior hierárquico, a saber: 1) a comissão de crimes dentro da jurisdição do Tribunal<sup>42</sup>, no caso pelas forças militares; 2) o arguido tem de ter o estatuto de superior hierárquico ou atuar efetivamente como tal; 3) o arguido teria de ter tido comando e controlo efetivos sobre as forças que cometeram os crimes; 4) o arguido tinha conhecimento, ou de acordo com as circunstâncias concretas, deveria ter conhecimento da comissão ou da preparação da comissão dos crimes pelas suas forças; 5) a falha do arguido na tomada de todas as medidas necessárias e razoáveis, ao seu alcance na altura, para prevenir ou reprimir a comissão de tais crimes ou para a sua denúncia às autoridades competentes; e 6) a comissão dos crimes pelos subordinados ter resultado da falha do arguido exercer devidamente ou apropriadamente o seu controlo sobre os mesmos<sup>43</sup>.

### 3.1. PRESSUPOSTOS OBJETIVOS (*ACTUS REUS*)

#### 3.1.1 O ESTATUTO DE SUPERIOR HIERÁRQUICO

Quanto ao estatuto de superior hierárquico, somos confrontados com a questão de saber se, para um arguido ser reconhecido como tal (seja porque é um “comandante militar” ou “alguém que efetivamente atua enquanto comandante militar”), tem ou não de pertencer a um certo nível dentro de uma determinada estrutura hierárquica e, em caso afirmativo, a que nível ou níveis terá de pertencer (por exemplo, terá de ser um general de patente elevada ou poderá reconhecer-se este estatuto a um arguido que tinha apenas alguns homens sob seu comando?).

Apesar de tendências iniciais da jurisprudência do pós-guerra<sup>44</sup>, o reconhecimento desta qualidade de superior hierárquico não tem sido entendida

---

42 Referimo-nos aos crimes elencados no artigo 5.º do Estatuto de Roma.

43 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Judgement)* ICC-01/05-01/08 (21 de março de 2016), [parágrafos 171-174], e Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 290.

44 Cfr. *United States of America v. Pohl et al. ('The Pohl Case')*, Case No. 4, Military Tribunal II (Nuremberg), 3 November 1947, *TWC (Green Series)*, Vol. V, 1011 e *United States of America v. von Leeb et al. ('The High Command Case')*, Case No. 12, Military Tribunal II (Nuremberg), 27 October 1948, *TWC (Green Series)*, Vol. XI, 513.

de um modo restritivo, podendo ser reconhecido como superior qualquer pessoa, independentemente da sua posição numa dada estrutura hierárquica<sup>45</sup>.

O que está aqui em causa é o reconhecimento da existência de relações hierárquicas, ou seja, de uma cadeia de comando, onde a posição de um dado superior hierárquico apenas poderá relevar para efeitos da sua responsabilidade face a outros membros da mesma cadeia de comando. Deste modo, alguém pode ser um superior hierárquico e simultaneamente ser um subordinado de alguém acima de si na respetiva cadeia<sup>46</sup>.

Não existe uma definição concreta de “superior” ou “comandante”; no entanto, para efeitos de responsabilidade criminal, um superior ou um comandante não será aquele que seja formalmente superior, *i.e.*, um superior *de iure*, sendo necessário sempre a constatação de um controlo ou comando exercidos em concreto, *i.e.*, *de facto*.

Este entendimento é adotado pela Pre-Trial Chamber no caso *Bemba*<sup>47</sup>, onde foi declarado o seguinte:

“O termo “comandante militar” refere-se a uma pessoa que é formal ou legalmente nomeada para desempenhar uma função de comando militar. Normalmente, os comandantes militares e as suas forças fazem parte das forças armadas regulares de um Estado; esses comandantes serão nomeados e actuarão de acordo com as leis, procedimentos ou práticas nacionais de um Estado (comandantes *de iure*). Além disso, o termo “comandante militar” na alínea a) do artigo 28º também se estende a indivíduos nomeados como comandantes militares em forças irregulares não governamentais, de acordo com as suas práticas ou regulamentos internos, escritos ou não”<sup>48</sup>.

45 Otto Triffterer, “Article 28: Responsibility of commanders and other superiors”, in ed. Otto Triffterer e Kai Ambos, *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, (Munique: Beck/Hart, 2016), 1091, e Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 290.

46 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 290.

47 *Situation in the Central African Republic in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Pre-Trial Chamber II)* ICC-01/05-01/08 (15 de junho de 2009), [parágrafo 408].

48 “The term ‘military commander’ refers to a person who is formally or legally appointed to carry out a military command function. Commonly, military commanders and their forces will be part of the regular armed forces of a state; such commanders will be appointed and operate according to a state’s domestic laws, procedures, or practices (*de iure* commanders). In addition, the term ‘military

Em suma, estamos perante um superior hierárquico sempre que o agente que se insere dentro de uma determinada cadeia de comando exerce um controlo efetivo sobre os atos levados a cabo pelos seus subordinados, independentemente de o podermos classificar como comandante *de iure* ou meramente *de facto*<sup>49</sup>.

### 3.1.2 “COMANDO E CONTROLO” OU “AUTORIDADE E CONTROLO” EFETIVOS

A expressão utilizada no artigo 28.º merece um esclarecimento conceitual prévio, visto que utiliza vários vocábulos que parecem, à primeira vista, sinónimos, o que pode levar a conclusões precipitadas de que o preceito padece de alguma redundância.

O vocábulo “controlo” aparece associado a “comando” e “autoridade”, pelo que Kai Ambos o qualifica como um termo de sentido amplo que comporta ambos os conceitos a que aparece associado<sup>50</sup>.

Em abstrato, o termo “comando” pode associar-se, materialmente, a ordens ou diretivas emitidas pelo superior<sup>51</sup> transmitidas, direta ou indiretamente, a forças<sup>52</sup> militares subordinadas a um comandante. No âmbito do artigo 28.º, alínea a), o que está subjacente a este termo é, por um lado, um poder para controlar de natureza hierárquica por parte do superior e, por outro, a respe-

---

commander’ in Article 28(a) also extends to individuals appointed as military commanders in non-governmental irregular forces, in accordance with their internal practices or regulations, whether written or unwritten”

49 Note-se que aqui o controlo efetivo enquanto requisito é autónomo do requisito em análise. Esta conclusão resulta apenas da estreita relação que se verifica entre a determinação de um determinado sujeito como superior militar e a constatação de um controlo exercido, em concreto, sobre os subordinados.

50 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 292-293.

51 *Ibidem*, 293.

52 Serão, de acordo com o artigo 43.º do Protocolo Adicional I de 1977 às Convenções de Genebra de 1949, forças: “todas as forças, grupos e unidades armadas e organizadas, colocadas sob um comando responsável pela conduta dos seus subordinados perante aquela Parte, mesmo que aquela seja representada por um governo ou uma autoridade não reconhecidos pela Parte adversa. Essas forças armadas devem ser submetidas a um regime de disciplina interna que assegure nomeadamente o respeito pelas regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados”.

tiva subordinação das forças a este, resultantes da cadeia de comando em que se inserem (que poderá ser *de iure* ou *de facto*)<sup>53/54</sup>.

Por sua vez, o termo “autoridade” parece comportar um certo sentido formal de um estatuto legalmente reconhecido, conferindo o direito de comandar<sup>55</sup>. A doutrina tem defendido que este termo foi introduzido de modo a ter em conta as situações em que um sujeito atue como comandante *de facto* de forças terceiras à cadeia hierárquica em que se insere ou até de forças paramilitares<sup>56</sup>. Não se trata de um poder de natureza hierárquica, mas antes de um poder de supervisão decorrente das circunstâncias concretas que se verificam durante a execução de operações militares, por sua vez geradoras de variadas modalidades de controlo relevantes em sede de responsabilidade penal.

Clarificado o sentido destas expressões, tanto num caso (comando) como noutra (autoridade) se exige que o controlo seja efetivo. Esta exigência de efetividade é essencial para determinar a responsabilidade penal, especialmente na presença de várias cadeias de comando em paralelo, englobando comando *de iure* e *de facto* de modo a assegurar que a responsabilidade é atribuída à cadeia onde verdadeiramente reside o poder de dar ordens<sup>57</sup>.

Tratando-se de um conceito normativo, o seu conteúdo não é estanque e não há consenso quanto aos critérios de determinação do nível de controlo, o que não obsta a que sejam indicados alguns fatores que podem indiciar a existência de um controlo efetivo, tais como: 1) o poder de dar ordens ou de disciplinar os subordinados; 2) o poder de promover, substituir, remover ou disciplinar os seus subordinados, bem como desencadear investigações; 3) o poder de mobilizar tropas nos teatros de operações; entre outros<sup>58</sup>.

53 Triffterer, “Article 28”, 1093 e Cassese, *Cassese’s International*, 188-189.

54 Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade*, 267, nota 509. Cfr. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo) ICC-01/05-01/08 (15 de junho de 2009), parágrafo 414.

55 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 293.

56 Triffterer, “Article 28”, 1093-1094, Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade*, 267, nota 509, Roberta Arnold, “Command Responsibility: a case study of alleged violations of the laws of war at Khiam detention centre”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 7 n.º 2, 191-231, 202-203 e Parks, “Command Responsibility”, 43-44.

57 Na esteira de W. Fenrick, Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 294.

58 Para uma enumeração dos vários fatores, Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 294-295, e Cfr. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Judgement)* ICC-01/05-01/08 (21 de março de 2016), parágrafo 188. Cfr. ainda Cassese, *Cassese’s International*, 188-189.

Todavia, são igualmente reconhecidas situações que podem perturbar o exercício de controlo efetivo por parte do superior, de entre as quais destacamos a qualificação do comandante militar como “ausente ou remoto”, tal como aconteceu no caso *Bemba*<sup>59</sup>. No fundo, de um modo sucinto, estão em causa situações em que o comandante estaria geograficamente distante das forças que comandava e do local onde estas estariam destacadas, impossibilitando ou dificultando o exercício da sua autoridade sobre as mesmas.

Deixaremos, contudo, considerações mais detalhadas sobre este ponto para a análise do caso *Bemba*, à qual dedicamos a terceira parte da presente investigação.

De modo sintético, o entendimento hodierno passa por considerar que tem controlo efetivo o superior que tenha possibilidade material (e não meramente formal) de impedir a comissão dos crimes, de adotar medidas repressivas ou de denunciar a sua prática (algo que tem de ser, necessariamente, avaliado caso a caso)<sup>60</sup>.

### **3.1.3 CRIMES COMETIDOS PELO FACTO DE O SUPERIOR NÃO TER EXERCIDO UM CONTROLO APROPRIADO SOBRE AS SUAS FORÇAS**

O artigo 28.º exige que se estabeleça uma relação de causalidade entre o(s) crime(s) cometido(s) pelo(s) subordinado(s) e a falha do exercício do controlo apropriado por parte do superior hierárquico<sup>61</sup>.

Trata-se de provar que se o controlo tivesse sido exercido apropriadamente, os crimes não teriam sido praticados, algo que é facilitado se utilizarmos o

---

59 Sobre as causas de perturbação do controlo efetivo, Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 295-297.

60 Triffterer, “Article 28”, p. 1094, e Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 294. Também Ilias Bantekas aponta no mesmo sentido, sublinhando que a marca-de-água a nível de controlo efetivo será a capacidade do superior de dar ordens, Ilias Bantekas, “The Contemporary Law of Superior Responsibility”, *The American Journal of International Law*, n.º 3 (1999): 582-583.

61 Otto Triffterer, “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in article 28 of the Rome Statute?”, *Leiden Journal of International Law*, n.º 15 (2002): 203-205. Não obstante, este entendimento é fonte de divergências tanto a nível da jurisprudência como da doutrina, nesse sentido, Roberta Arnold e Miles Jackson, *Article 28: Responsibility of Commanders and other Superiors*, SSRN, 2021, 22-29, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4176909](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4176909).



conceito de causalidade num sentido normativo<sup>62</sup> e não naturalístico<sup>63</sup>, visto estarmos perante uma omissão<sup>64</sup>. O mesmo será dizer que, como, em caso de omissão, não existe um ato que produza um efeito direto, procura estabelecer-se uma conexão entre o comportamento omissivo do superior e o aumento intolerável do risco da prática de factos jurídico-penalmente relevantes.

No caso *Bemba*, ficou estabelecida a necessidade de ser provada uma conexão causal entre a falha de controlo por parte do superior e a comissão dos crimes, tendo o Tribunal Penal Internacional seguido a chamada teoria do agravamento do risco, em detrimento de uma teoria de causalidade *stricto sensu*.

Esta opção pelo Tribunal é justificada por (entre outras) razões de maior facilidade probatória do mero aumento do risco decorrente da ausência do controlo apropriado por oposição à prova de que essa omissão “causou” (ou melhor, foi *conditio sine qua non*) a comissão do facto<sup>65</sup>.

É exigível ao comandante que garanta: que as suas forças tenham conhecimentos de Direito Internacional Humanitário; que o respeito pelo Direito Internacional Humanitário seja tido em conta no processo da tomada de decisões; a existência de um sistema de denúncias eficaz que permita que violações de Direito Internacional Humanitário cheguem ao seu conhecimento, o que exige a sua monitorização regular<sup>66</sup>.

### 3.1.4 MEDIDAS NECESSÁRIAS E ADEQUADAS AO SEU ALCANCE

A adoção destas medidas corresponde a um de três deveres distintos, que se distribuem por sua vez em dois momentos temporais diferentes. O superior é chamado a cumprir estes deveres, em particular, quando toma conhecimento

---

62 Associado ao aumento do risco intolerável para bens jurídico-penais e não à sua produção direta de um dano sobre os mesmos, Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 302.

63 Sobre a aplicação de um conceito naturalístico de causalidade, Robert Cryer et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 375-377 e Triffterer, “Causality, a Separate Element”, 197-198.

64 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 301-302.

65 Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade*, 274.

66 Triffterer, “Article 28”, 1095.

ou suspeita da prática de crimes pelos seus subordinados<sup>67</sup>. Temos um primeiro dever de “prevenir” a comissão de crimes, que se refere a um momento anterior à prática dos crimes cometidos pelos subordinados, fundado no texto do artigo 28.º e no direito internacional consuetudinário<sup>68</sup>. Note-se ainda que podemos estar perante um momento em que a comissão do crime está em curso, tendo o superior um dever de prevenção da continuação da comissão desse crime, a par de um dever de repressão (*stricto sensu*) das condutas já consumadas<sup>69</sup>.

Numa fase em que o crime já foi cometido, restam: 1) o dever de repressão, que pode consubstanciar-se na adoção de medidas como a punição disciplinar ou penal dos perpetradores; ou 2) levar o conhecimento desses crimes às autoridades competentes para efeitos de inquérito e procedimento criminal, consubstanciando estas últimas um dever que podemos autonomizar enquanto um dever de denúncia.

No caso *Bemba*, observamos relevantes densificações, tendo o Tribunal Penal Internacional sublinhado o dever do superior, uma vez cometidos os crimes, de tomar medidas adequadas a assegurar uma investigação apta a conduzir à acusação dos perpetradores no âmbito de um processo-crime. Mais ainda, o Tribunal considerou que o dever de punir ou disciplinar o subordinado persiste mesmo que este não o possa fazer diretamente, devendo o superior propor essa sanção a quem possa, por exemplo aos seus próprios superiores<sup>70</sup>.

Quanto à natureza destas medidas, as mesmas deverão ser viáveis, necessárias ou adequadas. Estes conceitos foram sendo concretizados pela jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, segundo os quais “medidas necessárias” seriam aquelas que sejam “apropriadas para que o superior cumpra a sua obrigação”<sup>71</sup> mostrando que genuinamente tentou premir ou punir, e “medidas adequadas”

67 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 306.

68 *Ibidem*, 306.

69 Triffterer, “Article 28”, 1101, e Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 306.

70 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 306-307.

71 *The Prosecutor v. Halilović*, ICTY (AC), judgment of 16 October 2007, (IT-01-48-A), [parágrafo 63], *The Prosecutor v. Gotovina et. al*, ICTY (TC I), judgment of 15 April 2011, (IT-06-90-T), [parágrafo 1965] e *The Prosecutor v. Đorđević*, ICTY (TC II), judgment of 23 February 2011, (IT-05-87/1-T), [parágrafo 1887].

seriam aquelas que, razoavelmente, correspondam a poderes materiais do superior<sup>72</sup>.

Estas densificações, apesar de úteis, não deixam de carecer de concretização prática, pelo que a tentativa de as definir taxativamente em abstrato será infrutífera, exigindo-se necessariamente, à semelhança de outros critérios, um método casuístico de preenchimento material destes qualificadores<sup>73</sup>.

De qualquer modo, o superior deverá reunir em si, simultaneamente, a competência legal e a possibilidade material de prevenção, repressão ou denúncia, esta última fundada no seu controlo efetivo dos subordinados, nos termos supra-explicitados<sup>74</sup>. As medidas devem ser adotadas de boa-fé pelo superior e não podem levar a falsas investigações, tal como se evidenciou no caso *Bemba*<sup>75</sup>.

Não significa isto que este tem de esgotar todas as medidas configuráveis em abstrato, aliás tal resulta do próprio artigo 28.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, podendo, inclusivamente, ser feita uma análise custo-benefício na adoção das medidas em concreto por parte do superior hierárquico.

Por fim, o dever de prevenção deve ser cumprido pelo comandante militar que esteja em controlo no momento em que essa prevenção é possível (anterior à prática do facto) – tal como prescreve o princípio da coincidência; já o dever de repressão poderia vir a ser exigido a um superior hierárquico que assuma o controlo posteriormente, sucedendo a um outro, surgindo a designada responsabilidade do superior hierárquico sucessor. Tal solução faz sentido para evitar margens de impunidade e eventuais artifícios que podem

72 *The Prosecutor v. Halilović*, ICTY (TC I), judgment of 16 November 2005, (IT-01-48-T), [parágrafos 73-74].

73 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 308. Acompanhando o pensamento de Fenrick, consideramos que estas medidas devem sempre ser avaliadas de acordo com o seu potencial de evitar violações de Direito Internacional Humanitário, surgindo este como referente último para determinar a adequação e a necessidade destas medidas, cfr. William J. Fenrick, “Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors,” in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers, notes, article by article*, ed. Otto Triffterer (Baden-Baden: Nomos, 1999), 520-521.

74 Se a sua falta de controlo lhe for imputável, será responsabilizado por ter permitido que tal situação materializasse, assim Timothy Wu / Yong-Sung (Jonathan) Kang, “Criminal liability for the actions of subordinates – the doctrine of command responsibility and its analogues in United States law”, *Harvard International Law Journal*, Vol.38 (1997), 296 e Meloni, “Command Responsibility”, 166.

75 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 308-310.

ser utilizados para afastar a responsabilidade penal; no entanto, parece que o artigo 28.º não admite esta responsabilidade do superior sucessor fruto da exigência de “causalidade” à qual já nos referimos<sup>76</sup>.

### 3.2. PRESSUPOSTOS SUBJETIVOS (*MENS REA*)

#### 3.2.1 CONHECIMENTO DA PRÁTICA DOS CRIMES (OU DA PREPARAÇÃO PARA A COMISSÃO DESSES ATOS)

Esta exigência de conhecimento não é correspondente aos requisitos subjetivos estipulados no artigo 30.º do Estatuto de Roma<sup>77</sup>: enquanto os subordinados devem atuar com vontade de cometer os crimes (elemento volitivo) e com conhecimento dos seus elementos materiais (elemento intelectual) para serem criminalmente responsáveis, de acordo com o artigo 30.º a *mens rea* do superior hierárquico é ampliada para lá desse padrão, comportando mais situações em que o superior poderá ser responsabilizado, sendo, consequentemente, um padrão menos exigente, a nível de responsabilização, do que o constante do artigo 30.º<sup>78</sup>.

Tal conclusão deriva do facto de, no artigo 28.º, se prever que o superior hierárquico será responsável tanto em situações onde “conheça” como em situações onde, apesar de não conhecer (ou estar apenas parcialmente ciente), “deveria ter conhecimento” da comissão (ou preparação da mesma) de crimes por parte das suas forças<sup>79</sup>.

Assim, distinguem-se duas situações subjetivas diferentes: o conhecimento e a falta de conhecimento (total ou parcial) imputável ao superior.

“Conhecimento” é definido no artigo 30.º como “a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar numa ordem normal dos acontecimentos”.

76 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 311.

77 O próprio preceito admite expressamente a possibilidade de mobilização de outros padrões subjetivos através do segmento “Salvo disposição em contrário...”.

78 Admite-se, inclusivamente, a responsabilidade do comandante militar por negligência inconsciente, se utilizarmos a terminologia germânica, cfr. nota 81.

79 Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade*, 275.

O superior deve ter conhecimento de todos os elementos objetivos que fomos descrevendo ao longo da análise do artigo 28.º, não sendo necessário o conhecimento dos elementos subjetivos que constituam os crimes perpetrados pelos seus subordinados, nem mesmo da especial intenção exigida no caso de crimes de genocídio. O mesmo será dizer que o superior deve, quanto aos crimes do subordinado, ter conhecimento da sua ocorrência (ou da preparação para a mesma)<sup>80</sup>.

A prova deste conhecimento será feita por via de indícios factuais, tais como a própria posição *de facto* do superior, que estabeleçam a existência desse conhecimento<sup>81</sup>, algo sujeito a contraditório por parte do superior acusado<sup>82</sup>.

### 3.2.2 “DEVERIA TER TIDO CONHECIMENTO” DA PRÁTICA DOS CRIMES (OU DA PREPARAÇÃO PARA A COMISSÃO DESSES ATOS)

Existem várias formulações deste padrão de exigência relativa ao conhecimento do superior<sup>83</sup>, mas sendo que todas devem ser interpretadas como materialmente iguais, faz sentido a remissão para as formulações do artigo 86, n.º 2, Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra e dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e Ruanda<sup>84</sup>. De acordo com essas formulações conclui-se que a “ignorância consciente” no sentido de “*wilful blindness*” é suficiente para fundamentar a responsabilidade criminal do superior<sup>85</sup>.

80 Tudo isto pressupondo que o superior não está diretamente envolvido na prática de tais crimes, caso contrário será necessário a verificação da intenção específica quanto a este. Neste sentido, Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 311-312.

81 Não podendo o mesmo ser presumido com base, por exemplo, unicamente no estatuto de superior, como refere Beatrice I. Bonafé, “Finding a Proper Role for Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3 (2007): 607.

82 Expondo alguns exemplos, Schabas, *The International Criminal Court*, 615.

83 Triffterer, “Article 28”, 1089-1090.

84 Cfr. redação dos Artigos 7(3) ICTYS and 6(3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, respetivamente.

85 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 312-314, *The Prosecutor v. Delalić et al.*, ICTY (TC), judgement of 16 November 1998 (IT-96-21-T), [parágrafos 392 -394], *The Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, SCSL (TC II), judgement of 20 June 2007 (SCSL-04-16-T), [parágrafo 796], *The*

Não obstante, este requisito de *mens rea* é difícil de ser formulado de forma satisfatória e não ambígua em abstrato, sendo, em grande medida, dependente das particularidades do caso concreto. Como tal, não é estranha a variedade de considerações e interpretações que foram sendo formuladas tanto pela doutrina como pela jurisprudência<sup>86</sup>.

No entanto, assumiremos como requisito básico a necessidade de ter em conta a informação à disposição do superior, informação entendida como constituindo o resultado de um dever de busca ativa por parte do superior, mas que hoje não parece ser o caso<sup>87</sup>.

Quanto ao conteúdo da informação em si, pode-se afirmar a existência de um dever do superior de realizar inferências a partir dos factos dos quais tome conhecimento de modo a realizar eventuais investigações. A doutrina refere-se a este dever como “*constructive knowledge*”<sup>88</sup>. Note-se ainda que eventuais inferências erradas por parte do superior podem fundamentar a sua responsabilização, ainda que a questão seja de difícil solução<sup>89</sup>.

Estamos perante um padrão intimamente ligado ao conceito de negligência, no sentido que lhe é dado nos sistemas de *common law*: nestes, o agente atua negligentemente quando deveria estar ciente de um risco de tal modo substancial e injustificável que o elemento material existe ou pode vir a ser resultado dessa conduta<sup>90</sup>. A negligência distingue-se de outras formas de *mens rea* por não envolver um estado de consciência do risco criado pelo agente, ou seja, o agente não tem que ter consciência do risco que a sua conduta potencia ou gera, mas deveria tê-la.

O padrão de determinação deste “dever de conhecimento” é reportável ao nível de cuidado do homem médio colocado na situação concreta do agente,

---

*Prosecutor v. Halilović*, ICTY (TC), judgement of 16 November 2005 (IT-01-48-T), [parágrafo 69].

86 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 313-315 e Timothy Wu/Yong-Sung (Jonathan) Kang, “Criminal liability...”, 272-297 e 284-287. Cfr. a título de exemplo, *The Prosecutor v. Delalić et al.*, ICTY (TC), judgement of 16 November 1998 (IT-96-21-T), [parágrafos 387 e 388] e *The Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, SCSL (TC II), judgement of 20 June 2007 (SCSL-04-16-T), [parágrafos 794-796].

87 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 317, e Triffterer, “Article 28”, 1090.

88 A título de exemplo, Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 35, Cfr. Triffterer, “Article 28”, 1089 e Cassese, *Cassese’s International*, 189-190.

89 Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, 317-318.

90 *Ibidem*, 315-316. Trata-se assim, como sublinha Kai Ambos, de uma categoria próxima, ainda que distinta, da sua contraparte germânica “negligência inconsciente” (*unbewusste Fahrlässigkeit*)

podendo ser densificado com critérios subjetivos que permitam uma individualização deste padrão de modo a melhor e mais justamente avaliar as situações concretas. Através de um critério que mobilize padrões objetivos e subjetivos, garantimos o respeito pelo princípio da culpa, afastando assim outras soluções de responsabilidade puramente objetiva e que redundariam, praticamente, em responsabilidade objetiva dos superiores hierárquicos<sup>91</sup>.

Afastada fica a interpretação deste requisito de *mens rea* como “*wilful blindness*”, na atual formulação constante do artigo 28.º do Estatuto de Roma. Na verdade, este padrão de “negligência consciente”, que vai de encontro à *recklessness*<sup>92</sup>, acaba por ser consagrado expressamente para os superiores hierárquicos civis (artigo 28.º, alínea b), subalínea i))<sup>93</sup>.

Em suma, a base dos requisitos subjetivos da responsabilidade do superior hierárquico abaixo do padrão “conhecimento” é o requisito de informação disponível ao superior. Esta informação deve possibilitá-lo a tomar conhecimento da prática de crimes para que possa cumprir adequadamente os seus respetivos deveres.

#### 4. O CASO *BEMBA* E O CONCEITO DE “*REMOTE COMMANDER*”

##### 4.1. BREVE CONTEXTO

O caso *Bemba* decorreu no Tribunal Internacional Penal entre 2008 e 2018<sup>94</sup>, centrando-nos na questão da responsabilização de Jean-Pierre Bemba Gombo por aplicação do artigo 28.º do Estatuto de Roma.

91 Neste sentido e evidenciando as nefastas consequências a nível de promoção da vigilância e controlo por parte dos superiores, Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade*, 252-253.

92 Por sua vez, esta é reconduzível, ainda que distinta, à categoria germânica de “negligência consciente” (*bewußte Fahrlässigkeit*)

93 Lê-se no artigo 28.º, alínea b), subalínea i): “O superior hierárquico 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.”

94 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Judgement)* ICC-01/05-01/08 (8 de junho de 2018). O contexto factio descrito nos parágrafos seguintes pode encontrar-se detalhado no *website* da Human Rights Watch, disponível em: [https://www.hrw.org/news/2010/11/22/icc-qa-trial-jean-pierre-bemba#\\_Toc278190571](https://www.hrw.org/news/2010/11/22/icc-qa-trial-jean-pierre-bemba#_Toc278190571) e na linha temporal disponibilizada no *website* do Tribunal Penal Internacional, disponível em: <https://www.icc-cpi.int/car/bemba>.

Este caso é de extrema relevância, já que foi a primeira vez que o Tribunal Penal Internacional se pronunciou diretamente sobre o artigo 28.º, resultando dele certos entendimentos que se revelam cruciais para o desenvolvimento desta forma de responsabilidade.

Jean-Pierre Bemba Gombo foi líder de uma força rebelde durante a guerra travada entre 1998 e 2003 na República Democrática do Congo. Esse grupo rebelde, o Movimento de Libertação do Congo (MLC), controlava grande parte do Congo.

Com o fim da guerra, Bemba tornou-se um dos quatro vice-presidentes do governo de transição (2003 a 2006). Apesar de não ter sido eleito, manteve-se líder do MLC, que se tinha tornado o principal partido da oposição.

Esta fase política da vida de Bemba não seria pacífica, tendo-se exilado em Portugal em 2007, após um violento confronto armado entre os seus guarda-costas e forças do então-presidente Joseph Kabila.

Acabaria por ser preso no dia 24 de maio de 2008, por forças belgas, perto de Bruxelas, que levavam a cabo o mandado de detenção do Tribunal Penal Internacional, emitido na sequência de uma denúncia feita pelo Governo da República Central Africana (RCA) em 2004.

Estas denúncias reportavam-se a factos ocorridos entre 2002 e 2003 na RCA, onde Bemba e o MLC se encontravam a prestar auxílio ao então presidente da RCA, Ange Félix Patassé, no controlo de uma tentativa de golpe de Estado levada a cabo por François Bozizé, seu antigo chefe do Estado-Maior do Exército. Bemba e as suas forças eram acusadas de cometer vários crimes, em particular violações e homicídios em massa e saques contra as populações civis.

O golpe de Bozizé seria bem-sucedido, tornando-se o novo presidente da RCA, e em dezembro de 2004 pediu ao Tribunal Penal Internacional para investigar os alegados crimes cometidos por Bemba e o MLC.

## **4.2 A CONDENAÇÃO DE 2016**

Em 2016, Jean-Pierre Bemba Gombo foi declarado culpado enquanto “pessoa atuando efetivamente como comandante militar”, nos termos do



artigo 28.º, alínea a) do Estatuto de Roma, pelos crimes de homicídio e violação, enquanto crimes de guerra e crimes contra a humanidade, e saque de aglomerado populacional, enquanto crime de guerra.

Ficou provado que as forças do MLC cometeram crimes que se inserem na jurisdição do Tribunal (arts. 7.º, n.º 1, alíneas a) e g), e 8.º, n.º 2, alíneas c), i) e e), subalíneas i) e ii) do Estatuto de Roma), entre 26 de outubro de 2002 e 15 de março de 2003 no território da RCA<sup>95</sup>, e que Bemba era, efetivamente, comandante militar dessas forças, tanto *de iure*, como *de facto*.<sup>96</sup>

Comprovou-se, no entender do Tribunal, que o arguido tinha conhecimento de que as forças sob o seu comando, as tropas do MLC, estavam a cometer crimes ou preparavam-se para a sua comissão.

Este é, a nosso ver, um dos dois pontos-chave da sentença, pois, apesar de o Tribunal afirmar que Bemba estava “afastado das operações no terreno”, dado a sua permanência em Gbadolite, na República Democrática do Congo, onde estava localizado o quartel-general do MLC, acaba por considerar que continuava a deter autoridade sobre as operações militares, estratégias, promoções, missões, logística, finanças e disciplina levadas a cabo pelo MLC no Congo. Tal conclusão deve-se: 1) à tecnologia à disposição de Bemba, tais como “rádios, telefones de satélite, Thurayas (um provedor de serviços móveis via satélite), telemóveis, e outros equipamentos” que permitiam aos comandantes do MLC comunicar diretamente com Bemba; e 2) ao facto de Bemba se ter deslocado pessoalmente à RCA várias vezes; 3) a informação que chegava a Bemba através de serviços de inteligência militares e civis; e 4) aos relatórios vindos dos média internacionais, que eram discutidos por Bemba e outros comandantes do MLC.<sup>97</sup>

Tendo em conta este nível de informação, o Tribunal considerou que se estaria perante um caso de “conhecimento”, por oposição a um caso em que o arguido “deveria ter tido conhecimento”.

O segundo ponto fulcral são as medidas necessárias e adequadas que Bemba deveria ter adotado para prevenir ou reprimir (punir ou denunciar).

95 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Judgement)* ICC-01/05-01/08 (21 de março de 2016), [parágrafo 694].

96 *Ibidem*, [parágrafo 697].

97 Entre outras razões, nomeadamente a tomada de conhecimento, por diversos meios, de acontecimentos específicos, *ibidem*, [parágrafo 717].

O Tribunal admitiu que Bemba adotou algumas medidas face às informações de que dispunha relativamente à prática dos crimes em apreço, no entanto foi enfatizado o seu caráter limitado “ em termos de mandato, execução e/ou resultados”<sup>98</sup>. Considerou-se que as reações de Bemba “limitaram-se a avisos públicos, de caráter geral, às suas tropas para que não maltratassem a população civil, a criação de duas comissões de investigação, o julgamento de sete soldados de baixa patente por crimes de saque de bens de valor diminuto, e a missão Sibut, que não foi uma investigação”<sup>99</sup>.

Concluiu-se que estas medidas, para além de mal executadas e realizadas sem qualquer sinceridade, não eram, de modo algum, adequadas face à informação disponível a Bemba. No entanto, o Tribunal não avançou com uma definição, pela positiva, de eventuais medidas que seriam adequadas, algo que, na decisão que a seguir teremos em apreço, consideramos criticável.

Por fim, surge a questão da determinação de umnexo causal entre o não exercício adequado do controlo por parte de Bemba sobre as tropas do MLC e a prática dos crimes pelas mesmas.

O Tribunal procurou estabelecer o seguinte raciocínio: se Bemba tivesse adotado certas medidas, tais como um treino mais adequado das tropas do MLC, assim como a promulgação de um código de conduta, supervisão, ordens claras para não cometer crimes, a prática dos crimes seria dissuadida, e o clima de aquiescência seria diminuído, senão mesmo eliminado. Aliás, o efeito dissuasor da prática destes crimes seria extremamente notória, visto que a prática de muitos deles ocorreu numa altura em que as forças do MLC eram as únicas a ocupar a área<sup>100</sup>.

Sumariamente descrita a fundamentação para a condenação de Bemba a 18 anos de prisão, ao abrigo do artigo 28.º do Estatuto de Roma, cumpre analisar a sua controversa absolvição, em sede de recurso, pelo Tribunal Penal Internacional, em 2018.

---

98 *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Judgement)* ICC-01/05-01/08 (21 de março de 2016), [parágrafo 720].

99 *Ibidem*, [parágrafo 726].

100 *Ibidem*, [parágrafo 740].

### 4.3. A ABSOLVIÇÃO DE 2018

No dia 8 de junho de 2018, a Câmara de Recursos do Tribunal Penal Internacional reverteu a decisão de condenação proferida em 2016 e absolveu Bemba, por maioria de três contra dois.<sup>101</sup>

Foi determinado que os crimes pelos quais Bemba foi condenado excediam os factos e as circunstâncias dadas como provadas pelo Tribunal, e que este não teve devidamente em conta, na sua decisão, as dificuldades atinentes ao exercício de controlo por parte de Bemba sobre as tropas do MLC, derivadas da sua distância face ao teatro de operações.

É sobre este segundo ponto que nos debruçaremos a fim de procedermos à análise desta aparente exclusão de responsabilidade penal do superior hierárquico enquanto “*remote commander*”.

A correta interpretação dos requisitos contidos no artigo 28.º do Estatuto de Roma e sua aplicação foi alvo de manifesta controvérsia entre os juízes do Tribunal, nomeadamente a aplicabilidade do requisito “controlo efetivo” e a necessidade (ou não) de constatação de umnexo causal entre a prática dos crimes e a falha do superior<sup>102</sup>.

No total contam-se quatro opiniões separadas e altamente contraditórias, que pouco contribuem para a clarificação deste instituto<sup>103</sup>.

Mas verdadeiramente inovadora (e, avançamos já, preocupante) é a conclusão a que chega o Tribunal no parágrafo 191 da sentença, dizendo:

“... o facto de a Câmara de Julgamento não ter apreciado plenamente as limitações que o Sr. Bemba teria enfrentado na investigação e acusação de crimes enquanto comandante remoto que enviava tropas para um país estrangeiro teve um impacto importante na avaliação global das medidas tomadas pelo Sr. Bemba”<sup>104</sup>

---

101 Leila Nadya Sadat, “Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Case No. ICC-01/05-01/08”, *The American Journal of International Law*, n.º 2 (2019), 354.

102 Sadat, “Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba”, 357.

103 *Ibidem*, 357.

104 “... the Trial Chamber’s failure to fully appreciate the limitations that Mr. Bemba would have faced in investigating and prosecuting crimes as a remote commander sending troops to a foreign country had an important impact on the overall assessment of the measures taken by Mr. Bemba.”, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Judgement)* ICC-01/05-01/08 (8 de junho de 2018), [parágrafo 191].

e continuando no parágrafo 192:

“De facto, ao criticar os resultados das medidas tomadas pelo Sr. Bemba, a Câmara de Julgamento não percebeu que, como comandante remoto, o Sr. Bemba não fazia parte das investigações e não era responsável pelos resultados gerados”<sup>105</sup>.

A Câmara de Recursos do Tribunal Penal Internacional considerou que a Câmara de Julgamento não deu devida importância ao facto de que Bemba estaria demasiado afastado das tropas para efetivamente as controlar e exercer sobre elas a sua autoridade, dificultando assim a prevenção da comissão de crimes, assim como a adoção de medidas adequadas, tanto por falta de informação, como por obstáculos que a direção de uma investigação “à distância” entalha.

Consideramos, humildemente, que a decisão do Tribunal neste ponto em particular, não parece a mais correta.

O Tribunal não faz qualquer referência a padrão algum que permita determinar qual seria a “distância necessária” ou “razoável” para que um superior hierárquico possa exercer controlo efetivo sobre os seus subordinados. Parece que o Tribunal conclui que, pelo puro e simples facto de as forças do MLC se encontrarem fora da área geográfica onde Bemba se encontrava, o exercício de controlo efetivo é impossibilitado, ou pelo menos altamente debilitado.

Significa este entendimento que qualquer comandante militar com tropas destacadas em área geográfica diferente daquela que ocupa (no decorrer das operações) não tem controlo efetivo sobre as mesmas, e, portanto, não pode ser responsabilizado penalmente por crimes por elas cometidos? Perante uma resposta afirmativa, tememos que o artigo 28.º, alínea a), perca grande parte da sua finalidade e sentido.

Concordamos com Leila Nadya Sadat quando a mesma afirma que, atualmente, os comandantes militares dispõem de inúmeros meios tecnológicos

---

105 “Indeed, in faulting the results of measures taken by Mr Bemba, the Trial Chamber failed to appreciate that, as a remote commander, Mr Bemba was not part of the investigations and was not responsible for the results generated.”, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (Judgement)* ICC-01/05-01/08 (8 de junho de 2018), [parágrafo 192].

de comunicação que permitem um contacto direto e imediato com os seus subordinados, pelo que se pode defender que comandantes militares que enviam as suas tropas para territórios além-fronteiras devem ser alvo de um padrão de cuidado mais elevado<sup>106</sup>.

Parece-nos irrazoável o afastamento da responsabilidade penal de um comandante em razão da distância geográfica em relação às forças sob o seu comando. Concluir o contrário, num mundo em que as operações militares têm um alcance globalizado e as cadeias de comando não se encontram concentradas no local onde decorrem as operações, será certamente perigoso e indesejável, já que estaríamos a criar uma forma de subverter o intuito que preside à consagração desta forma de responsabilidade individual, a responsabilização do comandante que não exerça, devida e efetivamente, o seu comando em respeito ao Direito Internacional, sem que para isso haja uma justificação material, especialmente face ao avanço tecnológico que atualmente vivemos<sup>107</sup>. Acreditamos que, se o comandante não consegue garantir um controlo efetivo das suas tropas em operações que decorram no estrangeiro, tal circunstância deve ser considerada para efeitos de responsabilidade individual, já que sem esse controlo ou perante a perda do mesmo, tais operações nem deveriam ser levadas a cabo ou deveriam ser suspensas, respetivamente.

Não obstante, e concluindo, não queremos com isto afirmar que estas circunstâncias não podem, de modo algum, relevar a nível de atenuação da responsabilidade do comandante, mas, pelas razões supra-explanadas, essas situações serão (ou deveriam ser), porventura, a exceção e não a regra, sob pena de criar uma poderosa defesa para todo e qualquer comandante que envie tropas para território além-fronteiras.

---

106 Sadat, “Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba”, 358. Bemba, como também se comprovou, tinha meios tecnológicos que lhe permitiam tomar conhecimento dos factos, ou pelo menos dos indícios de tais práticas. Parece-nos que a argumentação da Câmara de Recurso sofre, deste modo, de um conservadorismo excessivo, dado a não tomar devidamente em conta, a nosso ver, o circunstancialismo em que Bemba se encontrava e dos meios que este dispunha.

107 Sublinhando-se ainda que, normalmente, quanto mais alto um indivíduo se encontra na hierarquia de comando, menor será a probabilidade de este estar geograficamente próximo da operação que comanda, estando assim reunidas as condições para que sobre si não recaia responsabilidade.

## 5. CONCLUSÃO

A responsabilização de superiores hierárquicos militares por condutas dos seus subordinados é uma forma de responsabilidade penal sem referente nos ordenamentos internos dos Estados, como tal o seu desenvolvimento foi sendo feito através dos contributos jurisprudenciais do pós-Segunda Guerra Mundial e dos Tribunais *ad hoc*.

A natureza jurídica do preceito e os seus requisitos objetivos e subjetivos são, até hoje, alvo de divergências doutrinárias, algo claramente refletido no caso *Bemba*.

Este caso é o primeiro onde se condena (pelo menos inicialmente) um arguido ao abrigo do artigo 28.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. No entanto, aferido na sua globalidade, acabou por não colmatar muitas das questões em torno desse mesmo artigo e da sua aplicação (suscitando, inclusivamente, mais dúvidas), mantendo-se a falta de unanimidade na interpretação do mesmo, algo claramente espelhado nas várias opiniões divergentes dos juízes envolvidos no processo.

Em particular, a absolvição de Jean-Pierre Bemba Gombo, em 2018, através (ainda que não exclusivamente) do argumento de que este seria um “*remote commander*”, e, portanto, impossibilitado de exercer um controlo efetivo, afigura-se como uma solução problemática, sem precedentes jurisprudenciais e que carece de fundamento legal.