

Breves reflexões sobre a doutrina da *Joint Criminal Enterprise* e os seus elementos

Francisco Reis da Costa ⁽¹⁾

Sumário: 1. Introdução; 2. Origens da Doutrina: 2.1. O Caso Tadić; 2.2. A *Joint Criminal Enterprise* no Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia; 2.3. As três categorias da *Joint Criminal Enterprise*; 3. Caracterização Dogmática: 3.1. Elementos objetivos; 3.2. Elementos subjetivos; 4. Conclusão.

¹ Advogado; Jurista; Mestre em Direito Criminal pela Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto; Licenciado em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto.

1. Introdução

Atualmente, a guerra é um conceito ainda mais obscuro e os conflitos armados que eclodiram sofreram uma catastrófica evolução, que irá continuar com a rapidez dos avanços científicos, tecnológicos e sociais, divergindo estes conflitos dos seus antecedentes históricos, sobretudo na forma como são combatidos. Será que as regras internacionais criminais que foram aplicadas no decurso da História mudaram com a natureza dos conflitos que procuram regular?

Um exemplo trágico da complexidade que os conflitos armados têm assumido atualmente é o da Síria. Desde 2011 temos assistido a uma miríade de crimes praticados contra civis, fruto do confronto de vários interesses geopolíticos na região, mostrando, uma vez mais, como o Direito Internacional rapidamente se forma sob circunstâncias específicas. A *Joint Criminal Enterprise* (doravante *JCE*) é um exemplo disso mesmo.

A doutrina da *JCE* é um conceito consolidado no Direito Internacional Criminal², ainda que apenas tenha sido desenvolvida pela primeira vez no caso Tadić, pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia (doravante TPIJ). Sucede que a *JCE*³ não se cingiu a esta decisão, uma vez que voltou a ser utilizada não só pelo TPIJ, mas também por outros tribunais internacionais, nomeadamente o Tribunal Internacional para o Ruanda (doravante TPIR) e o TESL (doravante Tribunal Especial para a Serra Leoa).

A *JCE* encontra a sua génese na doutrina britânica da *Joint Enterprise Liability*, fazendo ainda algumas analogias com a doutrina norte-americana da *Conspiracy*, culminando numa forma de imputação individual do facto criminoso coletivo aos agentes que, por partilharem um propósito criminoso comum, tenham contribuído para o resultado coletivamente perseguido, independentemente de

² Neste sentido, vide CASSESE, Antonio, “The proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 110.

³ Segundo Verena Hann, quando os juízes no caso Badić (cf. *Prosecutor v. Milan Badić*, No. IT-03-72-S, Sentencing Judgement, 29 de junho de 2004, parág. 4 e 6), decidiram que era suficiente, no lugar da designação *Joint Criminal Enterprise*, utilizar o acrónimo *JCE*, deu-se a conversão do conceito num termo técnico de Direito Internacional Criminal.

quem concretizou materialmente o ato.

Neste contexto, esta doutrina conseguiu consagrar uma dimensão coletiva do crime, habitual no Direito Internacional Criminal, consagração essa que foi alcançada através de uma fonte subjetiva: a partilha do propósito criminoso comum. Não obstante, não haverá aqui uma desvalorização da contribuição de cada elemento do grupo para alcançar o resultado planeado?

No âmbito do Direito Internacional Criminal sempre se sentiu a necessidade de encontrar um modelo de imputação que abrangesse a empresa criminal comum, com regras específicas que permitissem estabelecer uma conexão entre os membros do grupo e o resultado criminoso prosseguido por estes. Esta necessidade, aliada à sede dos Tribunais em obter mais condenações, motivou o nascimento da *JCE*, que se apresentou como um caminho mais fácil para responsabilizar os elementos dos grupos criminais.

Contudo, admitindo que há uma desvalorização da contribuição individual para o resultado, tornou-se mais exequível punir ações criminosas realizadas coletivamente, precisamente por se deixar de sentir a dificuldade de tentar decifrar e provar a contribuição de cada elemento.

Ora, esta doutrina ainda mais atraente se tornou para os Tribunais ao facilitar a formação da culpa sobre os mentores intelectuais destas organizações, que sempre foram os mais dificilmente relacionáveis com a prática criminosa, permitindo assim uma leitura dos crimes internacionais do topo para a base, porque “em vez de se focar telescopicamente nos atos criminosos de um indivíduo em particular, permite, e até exige, uma abordagem mais ampla, na qual as contribuições daquele indivíduo são analisadas no contexto da conduta criminal levada a cabo conjuntamente por um grupo de agentes.”⁴

Sucedem que a *JCE*, ainda que apetejada pelos tribunais e, conseqüentemente, acolhida pelos mesmos, não deixou de se tornar alvo de inúmeras críticas por parte

⁴ GUSTAFSON, Katrina, “The Requirement of an ‘Express Agreement’ for Joint Criminal Enterprise Liability, a Critique of Brđanin”, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p. 139.

da doutrina penal internacional, no seio da qual vários autores a acusam de ter tornado o Direito Internacional Criminal incompatível com o pressuposto segundo o qual o fundamento da atribuição da responsabilidade penal só deve residir no facto pessoal. Na visão de alguns autores, o conceito de *collective liability* pode inclusive revelar-se aqui desrespeitador dos direitos humanos.

Por força da sua matriz demasiado subjetivista, a *JCE* foi também acusada de ser apenas uma forma mais “polida” de contornar as dificuldades probatórias tão características dos crimes internacionais. A nosso ver, contornar tais dificuldades não asseguraria todas as garantias de legalidade que os ordenamentos jurídicos nacionais garantem.

Contrariando vários tribunais internacionais e sublinhando o que muita da literatura penal internacional já tinha verbalizado, o Tribunal Penal Internacional (doravante TPI) veio aumentar a polémica em torno desta doutrina ao rejeitá-la, acolhendo o modelo da dupla atribuição.

Não obstante a polémica em torno da *JCE*, esta conquistou paladins, os quais afirmam que a mesma tem condições para continuar a ser aplicada em certos casos, ainda que tenha alguns inconvenientes. Será que a *JCE* alguma vez foi uma opção viável? Nas próximas páginas vamos então tentar compreender esta doutrina, uma das matérias mais complexas no âmbito do Direito Internacional Criminal, e os seus elementos, tanto objetivos como subjetivos. Antes de avançarmos para estes, impõe-se o conhecimento das origens da *JCE*.

2. Origens da doutrina

2.1. O Caso Tadić

Contrariamente ao que vários autores afirmam, os primeiros vestígios da *JCE* não surgiram no caso Tadić⁵, mas sim no caso Furundžija⁶. Não obstante, foi

⁵ Neste sentido, vide BOAS, Gideon, BISCHOFF, James e REID, Natalie L., *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, V. 1, 2007, p. 10.

⁶ Anto Furundžija era comandante dos *Jokers*, uma unidade especial de polícia militar da comunidade croata da Bósnia Herzegovina, tendo sido acusado da prática dos crimes de violação e de tortura, ao abrigo do art.3.º, do Estatuto do TPIJ. Os referidos crimes ocorreram durante um

no primeiro caso que foi verdadeiramente desenvolvida, motivo pelo qual muitos autores tenham esta decisão como a principal referência da *JCE*.

A doutrina da *JCE* não se encontrava diretamente contemplada no art.7.º, n.º 1, do Estatuto⁷, mas foi nesse preceito que o TPIJ a considerou implicitamente consagrada. Como é que isto ocorreu? No início dos anos 90, Tadić participou nos crimes cometidos na Bósnia Herzegovina, tendo sido acusado da prática de um conjunto destes, previstos no Estatuto do TPIJ, correspondendo a sua conduta mais grave ao assassinato de cinco muçulmanos. Em sede de primeira instância, Tadić foi absolvido desta última acusação, por falta de prova⁸, que não atestava que o acusado tivesse participado no referido homicídio, ainda que ele efetivamente tenha feito parte do grupo de homens armados que invadiram a vila de Jaskiéi.

Não obstante, a segunda instância considerou que a primeira, ao concluir que “o grupo armado a que o acusado pertencia havia morto os cinco homens de Jaskiéi”⁹, deveria ter responsabilizado penalmente o acusado, por isso revogou a decisão de absolvição, independentemente de ter sido produzida ou não prova de que Tadić estivera envolvido na morte dos cinco homens. Este mesmo Tribunal considerou ainda que a maioria dos crimes internacionais é uma manifestação de criminalidade coletiva, encontrando-se precisamente aqui a base da *JCE*: a pluralidade de elementos unidos por um propósito ou desígnio criminal comum.

Deste modo, o TPIJ concluiu que mesmo que o ato criminoso não seja perpetrado materialmente por todos, a contribuição indireta de alguns elementos

interrogatório conduzido por Furundžija, enquanto um segundo elemento violava e torturava uma das vítimas. Ora, uma vez que os crimes tinham sido praticados durante o interrogatório, o Tribunal concluiu que tanto Furundžija como o perpetrador material dos crimes haviam dividido entre si as tarefas de interrogar e abusar das vítimas. Furundžija apenas foi condenado pela prática do crime de tortura. (*Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17, Trial Judgement, 10 de dezembro de 1998, parág.128 a 130).

⁷ O n.º 1, do art.7.º, do Estatuto do TPIJ, prevê que “quem tiver planeado, instigado, ordenado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver ajudado e encorajado a planejar, preparar ou executar um dos crimes referidos nos artigos 2.º a 5.º do presente Estatuto tornar-se-á individualmente responsável pelo referido crime.

⁸ Segundo o TPIJ, não foi possível apurar a autoria dos disparos, nem o contexto em que estes ocorreram (Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgement, 7 de maio de 1997, parág. 373).

⁹ Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeal of Judgement, 15 de julho de 1999, parág. 183.

é crucial para a prática criminosa e que, por esse mesmo motivo, não se pode aceitar a limitação da responsabilidade criminal daquele(s) que executa(m) o crime, dado que isso seria desvalorizar a figura do co-perpetrador que, em inúmeros crimes praticados no panorama internacional, possibilita que outra pessoa leve a cabo o ato criminoso.

Ora, a segunda instância do TPIJ interpretou as disposições do Estatuto à luz do seu art.1º, ou seja, tendo presente que a sua jurisdição tinha de ser alargada a todos os suspeitos de serem responsáveis por violações de Direito Internacional Humanitário praticadas naquele território¹⁰, independentemente da forma de participação em tais atos e não podemos deixar de concordar com esta posição, dado que excluir certas formas de participação seria ir contra o seu próprio Estatuto.

Assim, este recurso levou a que o suprarreferido Tribunal passasse a considerar a participação no desígnio criminal comum como uma das formas possíveis de intervenção no crime e, conseqüentemente, de responsabilização, quando verificadas determinadas condições, esclarecendo que o seu Estatuto não excluía esta forma de participação na comissão do crime¹¹.

2.2. A *JCE* no Estatuto do TPIJ

No caso *Tadić*, o TPIJ concluiu que a noção de *joint criminal enterprise* se encontrava implicitamente consagrada no art.7.º, n.º 1, do seu Estatuto, mas ficou a questão de saber se esta forma de imputação seria ou não reconduzível a alguma das modalidades do n.º 1, do art. 7.º (planeamento, instigação, ordenação, cometimento e ajuda ou encorajamento) ou se representaria uma nova modalidade.

A questão reconduz-se à própria natureza da *JCE*. Seria esta uma teoria de co-perpetração, que responsabilizaria a título principal, ou uma teoria de

¹⁰ Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeal of Judgement, 15 de julho de 1999, parág. 189.

¹¹ *Idem*, parág. 189.

responsabilidade acessória? Seria antes uma teoria de comparticipação criminosa – que iria de encontro à já mencionada doutrina britânica da *joint enterprise liability* –, através da qual poderia haver responsabilização, tanto a título principal como acessório? Ainda que a decisão Tadić tenha sido pioneira nesta matéria, acabou por não dar resposta a estas questões de forma clara, dado que utilizava expressões como “responsabilidade do cúmplice” e “co-perpetrador”. Não obstante, e seguindo o seu entendimento, a responsabilidade pela participação numa empresa criminal comum seria reconduzível à teoria da co-perpetração¹², que exclui o conceito de ajuda ou encorajamento – no qual a responsabilidade é acessória.

Ora, o TPIJ teve a necessidade de distinguir a empresa criminal comum da cumplicidade, porque Tadić nunca poderia ter sido condenado como cúmplice pelo homicídio levado a cabo em Jaskiéi, atenta a falta de prova. Para Tadić ser condenado na qualidade de cúmplice, seria necessário demonstrar que ele teria praticado atos a assistir, encorajar ou prestar apoio moral à produção daquelas mortes. Sucede que, em simultâneo, foram tecidas outras considerações em sentido contrário, nomeadamente a referência ao conceito de desígnio comum como forma de responsabilidade por cumplicidade, que já levaria a imputação para o campo da responsabilidade acessória.

Concluindo, e concordando com HÉCTOR OLÁSULO¹³, o TPIJ demonstrou uma certa incoerência ao tentar compreender uma nova corrente doutrinária no caso Tadić, mas a jurisprudência que lhe sucedeu acabou por clarificar que a participação numa empresa criminal conjunta é uma forma de autoria, que pode levar à responsabilização a título principal, expressando assim a opção pelo modelo da comparticipação no facto criminoso internacional.

¹² *Idem*, parág. 189.

¹³ Cf. OLÁSULO, Héctor, “Joint Criminal Enterprise and its Extended Form: A Theory of Co-perpetration Giving Rise to Principal Liability, a Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime”, in *Criminal Law Forum*, 20, 2009, p. 273 a 275.

2.3. As três categorias da *JCE*

Quando estabeleceu um critério de imputação cujo suporte é a participação no desígnio criminal comum, o TPIJ acabou por enunciar “três distintas categorias de criminalidade coletiva”¹⁴, todas elas baseadas em jurisprudência anterior¹⁵.

Desde logo, temos a variante básica, também designada de *JCE I*, na qual encontramos hipóteses em que o conjunto de indivíduos tem o mesmo propósito criminal, mas apenas certos elementos do grupo levam a cabo o ato criminoso. De acordo com CASSESE, esta é a categoria mais abrangente, na qual “todos os agentes são culpados, ainda que se possam ser considerados diferentes graus de culpa”¹⁶. O que exige esta primeira categoria? Ora, têm de ser verificados dois pressupostos: a intenção de ver realizado o resultado do crime e a contribuição do agente para o propósito criminal comum, ou seja, este agente tem de realizar uma das diretrizes deste plano, seja esta qual for. Preenchidos ambos os pressupostos, qualquer participante será responsabilizado a nível criminal pelo resultado verificado.

A segunda categoria corresponde à variante sistémica, ou *JCE II*, que aplica a variante anterior aos sistemas organizados de inflição de maus tratos a prisioneiros de guerra como forma de alcançar um objetivo comum. Esta variante é considerada uma subcategoria da variante básica¹⁷, mas acrescenta um aspeto: a possibilidade de responsabilização criminal num contexto institucional. A existência de um sistema organizado de repressão, o conhecimento da sua natureza, a participação na execução deste sistema e a intenção de o promover consubstanciam então os restantes pressupostos desta variante. Preenchidos estes pressupostos¹⁸, poderão ser responsabilizados criminalmente quaisquer indivíduos

¹⁴ Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeal of Judgment, 15 de julho de 1999, parág. 195.

¹⁵ Tal jurisprudência não será objeto de análise da presente exposição.

¹⁶ CASSESE, Antonio, “The proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, in *Journal of International Criminal Justice*, p. 112

¹⁷ Por ter nascido dos antecedentes jurisprudenciais relativas aos crimes cometidos em vários campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial, a variante sistémica acaba por ser considerada uma subcategoria da *JCE I*, aplicando-a a sistemas organizados, cujo desígnio criminal comum é a inflição de maus tratos, tal como sucedia nos referidos campos.

¹⁸ Cf. DANNER, Alisson Marston e MARTINEZ, Jenny S., “Guilty Association: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law”, in

pelas ações levadas a cabo por outros membros da organização.

Portanto, as *JCE I* e *II* são semelhantes na medida em que todos os membros do grupo são criminalmente responsabilizáveis pelos crimes incluídos no âmbito do propósito criminal comum e é precisamente neste aspeto que a terceira categoria, baseada no precedente jurisprudencial *Borkum Island*¹⁹, difere das duas primeiras, porque o seu âmbito é ainda mais alargado, sendo por isso designada como variante ampla ou extensiva.

A *JCE III* é a mais ampla das três variantes, porque pode responsabilizar para além do propósito criminal comum, ou seja, através desta poderão ser responsabilizados indivíduos que praticaram atos fora do espetro deste desígnio, uma vez que abrange os casos em que, na execução do plano, um ou mais indivíduos da coletividade praticam atos que não estavam incluídos no plano assumido pelo grupo. Dito isto, parece-nos que esta última categoria acaba por contrariar a base da doutrina em análise, porque responsabiliza indivíduos por atos praticados fora do acordado.

Pese embora as críticas, a segunda instância do TPIJ, no caso *Tadić*, numa tentativa de estabelecer umnexo entre estes atos não planeados e o propósito criminal comum, acrescentou aqui mais pressupostos: os atos pelos quais os indivíduos podem ser responsabilizados têm de ser uma consequência natural e previsível da execução do plano comum, tendo ainda de haver fleuma face a essa consequência²⁰.

É de notar que foi precisamente a esta terceira variante que o TPIJ recorreu para fundamentar a condenação de *Tadić* quanto ao assassinato anteriormente referido. De acordo com o Tribunal, *Tadić* era elemento de um grupo cujo propósito era libertar a região de Prijedor da sua população não sérvia, através de atos inumanos, nos quais o acusado participara. Ainda que o homicídio dos cinco

California Law Review, V.93, 2005, pp. 105 e 106.

¹⁹ Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeal of Judgment, 15 de julho de 1999, parág. 210-214.

²⁰ *Idem*, parág. 204.

homens não fizesse parte do plano, este resultado era previsível à luz do propósito do grupo. Tadić, consciente do risco que tal propósito acarretava, participou de forma voluntária neste, motivo pelo qual foi considerado responsável pela morte dos cinco homens²¹.

3. Caracterização dogmática

Desde a decisão Tadić que a doutrina da *JCE* tem vindo a densificar-se à luz dos vários casos submetidos à apreciação do TPIJ. De modo a compreendermos melhor esta doutrina, temos ainda de atender à sua caracterização dogmática, através dos seus elementos objetivos (*actus reus*) e dos seus elementos subjetivos (*mens rea*).

3.1. Elementos objetivos

Frutos da modelagem da jurisprudência dos Tribunais *ad hoc*, os elementos objetivos são comuns às três variantes da doutrina da *JCE*. Neste âmbito, podemos encontrar três elementos: a pluralidade de pessoas, a existência de um propósito comum – correspondente à prática de um crime previsto no Estatuto – e a contribuição da pessoa acusada para esse mesmo propósito – através da execução voluntária de algum dos seus aspetos.

Ora, pouco há a dizer no que ao primeiro elemento objetivo diz respeito: a pluralidade de pessoas pressupõe a existência de uma coletividade quando falamos na participação na *criminal enterprise*. Contudo, este pressuposto tem, para nós, pouco valor, desde logo por não exigir um número mínimo de pessoas²² ou que estas façam parte de qualquer estrutura organizada, seja ela de natureza administrativa, militar ou política²³, o que permite incluir aqui, tal como afirma

²¹ *Idem*, parág. 231 e 232.

²² A jurisprudência não faz qualquer referência a um número mínimo de indivíduos, o que nos leva a concluir que este elemento da pluralidade se preenche com duas pessoas. Neste sentido, *Prosecutor v. Tadić*, Case No.IT-94-1-A, Appeal Judgement, 15 de julho de 1999, parág. 227; e *Prosecutor v. Brđanin*, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgment, 1 de setembro de 2004, parág.262.

²³ Cf. *Prosecutor v. Tadic*, parág. 227.

VERENA HANN, “os casos nos quais pessoas espontaneamente se juntam para cometer um crime - casos como os de violência de massas ou de linchamento popular”²⁴.

Por outro lado, é de notar que não é necessária a identificação dos elementos que fazem parte desta coletividade, o que do nosso ponto de vista ainda mais salienta o facilitismo que se quis conceder à Defesa neste tipo de casos, de modo a que a mesma não ficasse comprometida com uma identificação incompleta do grupo²⁵. Ora, se um indivíduo é acusado de fazer parte de uma coletividade criminal, que tem um objetivo comum, dever-se-ia, no mínimo, saber identificar alguns dos sujeitos que estavam em conluio com este.

Preenchido este primeiro elemento, é necessário aferir se há um plano, desígnio ou propósito comum²⁶, uma vez que é este segundo elemento que vai converter a pluralidade numa verdadeira *joint criminal enterprise*. Este desígnio comum deve reportar-se à prática de um crime previsto no Estatuto do TPIJ, ou seja, os elementos do grupo têm de acordar em cometer um determinado crime, consubstanciado pelos atos tipificados na lei estatutária.

Devemos fazer a ressalva de que a natureza criminal do propósito comum tanto pode resultar do propósito se dirigir à comissão de um crime previsto no Estatuto ou tal comissão ser apenas um meio necessário para atingir um outro fim planeado. Se for praticado um crime fora do delineado, a possibilidade da sua imputação não é afetada por este facto, porque poderá haver responsabilização pela variante extensiva da *JCE*, que acautela estas situações. Sucede que isto apenas é configurável se a outro dos crimes praticados for aplicável uma das outras

²⁴ HAAN, Verena, “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, in *International Law Review*, V. 5, 2005, p.180.

²⁵ Ainda que o TPIJ exigisse a identificação dos elementos integrantes da coletividade, esta exigência acabou por ser diminuída a nível processual, sendo compensada por outras especificações factuais. Neste sentido, *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. IT-98-30/1-A, Appeal Judgement, 28 de fevereiro de 2005, parág.42 e 43.

²⁶ Podemos concluir pelo uso simultâneo, na jurisprudência do TPIJ, dos termos “plano”, “desígnio” e “propósito”, que estes são conceitos normativamente equivalentes, daí a sua utilização indiferenciada.

variantes da doutrina em análise²⁷.

Relativamente à natureza criminal do plano, é de destaque o entendimento do TESL, que reformulou o conceito do propósito criminoso comum, tendo originado assim uma nova variante da *JCE*, que pouca ou até mesmo nenhuma aplicabilidade teve fora deste tribunal. No âmbito desta quarta variante, o plano partilhado consubstancia-se numa associação entre indivíduos para a prática de um propósito que não viola a lei penal, mas poderá vir a implicar a prática de crimes previstos no seu Estatuto²⁸.

Continuando neste segundo elemento, temos de considerar aqui duas componentes distintas: o momento do acordo e o seu modo de exteriorização. De acordo com a decisão Tadić, o propósito comum pode ser estabelecido extemporaneamente²⁹.

No que ao momento do acordo diz respeito, podemos concluir que o ato de vontade comum não tem de ser anterior aos atos de execução, ele pode mesmo ocorrer imediatamente após o seu início, não interessando a data em que o plano foi formulado. Por outro lado, o modo de exteriorização não tem de ser expreso, basta ser implícito.

Ora, o que nos interessa aqui é atender à circunstância do plano poder adquirir uma estrutura institucional, o que nos permite distinguir a primeira variante da segunda, uma vez que, se tal se verificar, estamos perante um sistema de repressão, hipótese que é acautelada pela segunda variante. De acordo com HÉCTOR OLÁSOLO, a *JCE II* é aplicável nas situações em que o “plano comum consiste em estabelecer ou favorecer o desenvolvimento de um sistema organizado de repressão (como por exemplo um campo de concentração) através do qual se cometem os delitos integrantes na *JCE*”³⁰.

²⁷ OLÁSOLO, Héctor, “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en el Derecho Penal Internacional”, in *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, No.3, 2009, p.8.

²⁸ Neste sentido, vide JORDASH, Wayne e VAN TUYL, Penelope, “Failure to Carry the Burden of Proof: How Joint Criminal Enterprise Lost its Way at the Special Court for Sierra Leone”, *Journal of International Criminal Justice*, V.8, 2010, 591-613.

²⁹ *Prosecutor v. Tadić*, Appeal of Judgment, parág. 227.

³⁰ OLÁSOLO, Héctor, *Ob. cit.*, p.7

Nestes termos, o sistema de repressão vai constituir o propósito comum, dispensando-se a determinação de um acordo entre os elementos da pluralidade, daí que a segunda variante seja considerada uma subespécie da primeira, porque o envolvimento no sistema de repressão consubstancia um acordo tácito do acusado com este sistema.

Antes de avançarmos para o último dos elementos objetivos da doutrina da *JCE*, é de referir que o desígnio comum tem natureza mutável, isto é, a empresa criminal pode alterar o seu objetivo original³¹, podendo haver lugar a responsabilização por crimes que, mesmo que não tenham sido originalmente planeados pela pluralidade, sejam uma expansão do plano original, o que nos coloca no âmbito da primeira variante.

A contribuição³² consubstancia o último dos elementos objetivos da doutrina em análise. Sucede que a participação na execução do ato criminoso planeado é mais um elemento de preenchimento facilitado, porque o nível de contribuição exigido é mínimo, dado que não se requer que o acusado tenha realizado materialmente qualquer elemento do tipo objetivo do crime acordado, bastará a mera assistência na execução do propósito comum. No mínimo, a conduta do acusado tem de ter um efeito promotor da empresa criminal, seja através de ações, seja através de omissões³³. Como se isto não bastasse, os tribunais penais internacionais *ad hoc* alargaram este terceiro elemento ao prescindirem da prova de uma relação causal direta com o crime, contentando-se com qualquer tipo de contribuição.

³¹ O caso *Krstić* é exemplo disto mesmo, uma vez que a primeira instância do TPIJ considerou ter havido neste uma conversão do plano original de limpeza étnica de Srebrenica para um plano letal de eliminação física (*Prosecutor v. Krstic*, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 de agosto de 2001, parág.622).

³² Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Appeal of Judgement, parág.227.

³³ HAAN, Verena, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review*, V.5, 2005, p. 183.

3.2. Elementos subjetivos

Não obstante já termos aqui mencionado as três variantes da *JCE*, iremos agora vê-las de forma mais detalhada, dado que a dimensão subjetiva da doutrina objeto do nosso estudo correlaciona-se com a variante que estiver em causa³⁴.

A primeira variante da *JCE*, a variante básica, encontra correspondência no dolo direto, uma vez que se exige que todos os membros da coletividade criminal partilhem a intenção de cometer o crime, que é parte integrante do propósito criminoso comum. Contudo, isto não basta, porque o acusado tem também de ter participado voluntariamente nesta empresa, seja por ação ou omissão, com a intenção de que fosse produzido o resultado prosseguido.

Nestes termos, sob a égide da *JCE I*, todos os elementos da pluralidade têm de atuar com a intenção de que sejam cometidos os crimes específicos que fazem parte do desígnio comum³⁵, mesmo que apenas alguns deles os executem materialmente. Ora, parece-nos que a partilha do propósito comum pressupõe a prova de que todos os elementos da pluralidade partilhavam a intenção de ver o resultado prosseguido ser realizado, mas a jurisprudência do TPIJ prescindiu de tal prova, ficando-se pela caracterização cognitiva e volitiva da intervenção do acusado.

Sucedem que, a nosso ver, este requisito de “partilha de informação” é demonstrativo de uma discrepância entre a sua interpretação teórica e a sua aplicação prática. Teoricamente, parece que o acusado tem de partilhar a mesma intenção que o perpetrador material do crime, mas o Tribunal raramente atendeu ao estado de espírito dos perpetradores materiais, preocupando-se mais com o estado dos elementos cuja intervenção se situara num nível hierárquico igual ou superior ao do acusado³⁶.

Antes de avançarmos uma vez mais para a segunda variante da *JCE*, impõe-

³⁴ Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Appeal of Judgement, 15 de julho de 1999, parág.228.

³⁵ Neste sentido, vide BOAS, Gideon, BISCHOFF, James e REID, Natalie L., *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, V. 1, 2007, p. 52.

³⁶ Neste sentido, vide HAAN, Verena, “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, p.185.

se sublinhar que se o tipo de ilícito praticado envolver um elemento subjetivo específico, a primeira variante pressupõe que os elementos da pluralidade tenham atuado com a particular direção de vontade correspondente, ou seja, no caso do genocídio, por exemplo, seria exigido o *dolus specialis*.

Continuando, agora na variante sistémica, na qual se enquadram os sistemas repressivos, como os campos de detenção, da decisão Tadić³⁷ decorre que o acusado tem de ter conhecimento pessoal da existência do sistema organizado, bem como uma intenção de o desenvolver, não sendo aqui necessário o conhecimento pessoal da natureza criminalmente relevante do sistema³⁸, ainda que esta possa ser inferida a partir de uma série de circunstâncias, nomeadamente a posição do acusado no sistema repressivo ou o tempo por ele dedicado a este, por exemplo.

Coloca-se aqui uma questão: Como é que se pode concluir pela existência de intenção de desenvolver o propósito do sistema repressivo organizado? Ora, a intenção pode ser aferida através de vários fatores, tais como a posição de autoridade ocupada no sistema, dado consubstanciar uma prova irrefutável não só do *actus reus* (participação no desígnio comum), como também do *mens rea* (conhecimento do propósito e intenção de prosseguir o mesmo), permitindo concluir presuntivamente pela existência de intenção.

É precisamente na intenção de prosseguir o propósito criminoso que se coloca a questão de saber se a *JCE II* é efetivamente uma subcategoria da primeira variante, uma vez que ambas necessitam que o acusado partilhe, com o perpetrador material, a intenção de cometer o crime imputado. Ainda que haja aqui uma equiparação, o entendimento que prevalece é o estabelecido na decisão Tadić³⁹, o que demonstra que a responsabilização como coautor, pela participação numa empresa criminal que constitua um sistema repressivo, prescinde do

³⁷ Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Appeal of Judgement, parág.228.

³⁸ Neste sentido, vide BOAS, Gideon, BISCHOFF, James e REID, Natalie L., *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, V. 1, 2007, p. 57.

³⁹ Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Appeal of Judgement, parág. 228.

estabelecimento de uma intenção especificamente dirigida à comissão do crime imputado, dado que, do ponto de vista subjetivo, a participação no sistema basta como intenção de prosseguir o propósito criminal.

Ainda que nos pareça que a *JCE II* se contenta com uma intenção genérica de prosseguir o desígnio do sistema repressivo, dispensando, por isso, a verificação do estado volitivo correspondente ao tipo subjetivo de ilícito realizado – o que não sucede na *JCE I*, a condição de subcategoria da primeira variante continuou a caracterizar esta segunda variante da doutrina.

Para finalizar, temos a variante mais polémica da *JCE*, a variante ampla, que depende do preenchimento de três pressupostos⁴⁰. Desde logo, temos a intenção de fazer parte da empresa criminal conjunta, seja esta de que tipo for, e de prosseguir o seu propósito, contribuindo para a sua execução.

Acresce a este pressuposto o da possibilidade de, como consequência natural e previsível da execução do propósito criminoso, serem cometidos crimes além dos compreendidos no plano, sendo igualmente necessária a aceitação desse risco.

Assim, temos aqui dois elementos objetivos específicos: a prática de um crime não integrado no plano criminoso e que este seja uma consequência natural e previsível da realização deste plano. Será que o conceito de previsibilidade deveria ser aqui utilizado? Nos conflitos armados modernos pouco há de imprevisível, dado que hoje há uma enorme precisão relativamente ao que nestes sucede, por isso, na medida em que virtualmente todas as consequências podem ser vistas como previsíveis, consequentemente muitos crimes também o serão, o que acaba por tornar o conceito de previsibilidade, de acordo com KAI AMBOS, com quem concordamos, num conceito “nem preciso, nem confiável”⁴¹.

Ora, para além desta problemática, vários autores são ainda da opinião que

⁴⁰ Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Appeal of Judgement, parág. 228.

⁴¹ AMBOS, Kai, “Amicus Curiae Brief in the Matter of the Co-prosecutors’ Appeal of The Closing Order Against Kaing Guek Eav “Dutch” Dated 8 August 2008”, in *Criminal Law Forum*, junho de 2009, V. 20, p. 371.

esta terceira variante da *JCE* é incompatível com o princípio da culpa. No entanto, para CASSESE a *JCE III* poderá ser conciliada com este princípio através de duas circunstâncias: a participação intencional numa empresa criminal e a inobservância pelo participante de prevenir a perpetração do ilícito adicional. Segundo este autor, podemos estabelecer uma relação causal entre os três elementos da variante extensiva, tendo como pressuposto de que é na variante básica, na qual participante ingressou de forma intencional, que normalmente se cria a base que coloca os autores materiais dos crimes adicionais em condições de os levarem em frente.

Pese embora a opinião de CASSESE seja a que colhe mais seguidores, não podemos deixar de nos alinhar com KAI AMBOS, para quem o conflito da *JCE* com o princípio da culpa é óbvio e que se nesta variante todos os membros da empresa criminal são responsabilizáveis pelos crimes cometidos apenas por alguns, ainda que estes mesmos crimes não tenham sido acordados, com a justificação de que estes eram previsíveis, acabamos por abolir o acordo prévio como base para a recíproca atribuição⁴².

Assim, a “existência de umnexo causal entre o acordo ou plano inicial e o excesso criminoso não permite superar o défice de culpa”⁴³.

Para terminar, somos da opinião de que esta doutrina, na sua variante extensiva, é incompatível com o crime de genocídio. Ora, a imputação deste crime prevê, para além do preenchimento de todos os elementos que integram o respetivo tipo de ilícito, a verificação do *dolus specialis*, daí o genocídio ser considerado um crime de intenção. Como é que pode haver então compatibilidade entre os crimes de intenção e a variante extensiva? Não há compatibilidade, porque aplicar a *JCE III* implicaria enfraquecer, ou até mesmo excluir, a intenção característica destes crimes, porque nesta vertente os crimes não são planeados e parece-nos inconcebível o genocídio ser consequência natural e previsível da

⁴² AMBOS, Kai, *Ob. cit.*, p.371.

⁴³ AMBOS, Kai, *Ob. cit.*, p.370.

execução de um outro propósito criminoso.

Concluindo, a *JCE III* é a variante menos exigente no que diz respeito ao propósito, precisamente por relacionar o elemento não perpetrador do crime adicional com o resultado, através do pressuposto da previsibilidade destes crimes incidentais, o que a torna distante de um dos pilares da *JCE*: o propósito criminoso comum.

4. Conclusão

É inegável o impacto da *JCE* no Direito Internacional Criminal, sobretudo quando analisamos a jurisprudência do TPIJ, no seio do qual foi adotada e desenvolvida. Não obstante este apoio jurisprudencial, esta doutrina foi, e continua a ser, fortemente criticada por grande parte da doutrina penal internacional, que a acusa de não encontrar correspondência no direito consuetudinário e de ter elementos demasiado vagos, que vão sendo moldados consoante os interesses dos tribunais. A inexactidão dos elementos desta doutrina é evidenciada sobretudo na sua variante extensiva, tal como foi supra exposto.

Não só esta doutrina foi rejeitada por vários autores, como o TPI a abandonou como forma de autoria. Sucede que o Estatuto de Roma substituiu a *JCE* pelo modelo da dupla atribuição, baseado na teoria alemã do domínio do facto, modelo este que permite uma maior harmonia entre o contexto sistémico e os princípios que fazem parte da legitimação da responsabilidade individual, uma vez que coloca mais ênfase à natureza do plano e contribuição para o mesmo.

Na nossa opinião, o facto de esta doutrina ter sido bem acolhida por vários tribunais, não obstante a sua rejeição por parte de vários autores, deve-se ao facto de esta se apresentar como o caminho mais fácil para contornar certas especificidades do contexto em que os crimes internacionais são cometidos e as dificuldades que há em estabelecer os termos de cada participação individual.

Ora, o TPIJ ao preferir esta doutrina e a sua simplicidade probatória, que tanto contribuiu para o seu trabalho, desconsiderou por completo a dinâmica

interna da empresa criminal comum. Tal como é referido por JENS D. OHLIN, o “arquiteto, o perpetrador e o fornecedor desempenham funções distintas dentro da conspiração e eles devem ser responsabilizados tendo em conta a importância da sua conduta pessoal. É possível provar quem é que se juntou ao grupo em primeiro lugar, quem o direcionou e planeou as suas atividades e quem levou a cabo as ordens dadas. Ainda que todas estas atividades, sejam, sem dúvida, criminosas, elas não o são ao mesmo nível”⁴⁴.

Posto isto, se a *JCE* desconsidera a contribuição de cada elemento da pluralidade, somos da opinião de que não podemos considerar esta doutrina como um mecanismo justo de atribuição da responsabilidade, o seu modelo de imputação não se apresenta como uma solução sustentável, sobretudo no panorama atual, em termos dogmáticos, ético-normativos e formais, continuando a questão de saber quem pode ser responsabilizado por crimes internacionais, num contexto de criminalidade organizada, sem uma resposta consensual.

⁴⁴ OHLIN, Jens D., “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, in *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, p.88.