



Fernando Rabello

# A CULPABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

51

## *CULPABILITY IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*

Marco Bruno Miranda Clementino

### **RESUMO**

Trata da culpabilidade no direito penal internacional, enfatizando a formação histórica e o fundamento filosófico do conceito em si, assim como do direito penal internacional. Enfoca ainda a influência do direito penal da *common law* no direito penal internacional positivado, esclarecendo como a culpabilidade se expressa nesse contexto.

### **PALAVRAS-CHAVE**

Direito Internacional Penal; Direito Penal; culpabilidade; Tribunal Penal Internacional, *common law*; *civil law*; direito positivo.

### **ABSTRACT**

*The author considers culpability in Criminal International Law, focusing on this concept's both historical background and philosophical basis, and on the meaning of International Criminal Law itself. He highlights the influence of Criminal common law on written International Criminal Law and explains how culpability is interpreted in that context.*

### **KEYWORDS**

*International Criminal Law; Criminal Law; culpability; International Criminal Court; common law; civil law; positive/written law.*

## 1 INTRODUÇÃO

O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal, dizia Kant em *A Paz Perpétua* (1995), sustentando filosoficamente uma terceira dimensão do direito que se agregaria ao direito interno e ao direito das gentes: o direito cosmopolita. A paz perpétua era um projeto ideal na filosofia de Kant e o direito cosmopolita foi por ele apresentado como a *terceira condição positiva para a paz* (NOUR, 2004, p. 55). O direito cosmopolita era o direito dos cidadãos do mundo, um direito de feição universal, caracterizado pela totalidade sistemática entre o direito interno e o direito das gentes.

Kant dizia que os Estados em guerra não poderiam permitir atos de hostilidade que tornem impossível a mútua confiança em época de paz futura (NOUR, 2004). Estava ali, com o direito cosmopolita, estabelecendo as bases para a formação futura de um direito internacional penal com objetivo de reprimir determinadas condutas para cuja persecução penal o modelo estatal se mostrasse insuficiente.

Nos dias atuais, há um certo consenso na ordem internacional acerca da existência e mesmo da legitimidade de um direito internacional penal, não obstante se trate de um fenômeno de consolidação um tanto recente, já no período do pós-guerra. Trata-se, portanto, de um ramo do direito em formação, porém com avanços significativos no início deste século com a entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional.

Este trabalho pretende estudar especificamente a culpabilidade no direito internacional penal sob o ponto de vista dogmático. A culpabilidade, portanto, é o corte epistemológico de um estudo que tem como pano de fundo a dogmática do direito internacional penal, inspirada nos direitos estatais vinculados à tradição da *common law*, com traços bem distintos em relação à teoria aplicada no direito penal brasileiro.

### *Nos dias atuais, há um certo consenso na ordem internacional acerca da existência e mesmo da legitimidade de um direito internacional penal, não obstante se trate de um fenômeno de consolidação um tanto recente, já no período do pós-guerra.*

Trata-se de um tema relevante. Ao se afastar da teorização jurídico-penal incorporada ao direito positivo brasileiro, é necessário um aprofundamento dos conceitos de direito internacional penal, de modo a instrumentalizar sua aplicação. Por isso, o presente estudo não é meramente descritivo, senão também analítico, perpassando questões de direito internacional e de direito comparado, assim como ao direito penal.

## 2 O DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Quando Francisco de Vitória, ainda no século XVI, idealizou a *communitas orbis*, talvez não imaginasse que estava oferecendo as premissas para o desenvolvimento de uma teoria política de 500 anos. Enxergando uma ordem mundial composta por Estados nacionais livres e independentes, portadores de direitos naturais, porém subordinados ao direito das gentes, Francisco de Vitória rompia em definitivo com as concepções medievais

de dominação pelo imperador e pelo Papa (FERRAJOLI, 2002). Nascia, naquele momento, a ideia de Estado soberano, *pressuposto necessário do pensamento internacional*<sup>1</sup> (HELLER, 1965, p. 225). Soberania e direito internacional (expressão cunhada séculos depois por Jeremy Bentham) são conceitos que se implicam, motivo pelo qual é possível atribuir a Vitória a dupla paternidade.

A soberania, portanto, surge sob o jusnaturalismo, porém ainda num período anterior ao individualismo. Embora Vitória tenha identificado a existência de direitos naturais dos Estados nacionais, afirmou sua submissão à *communitas orbis* fundamentada no direito das gentes, pelo que ainda se percebe ali forte influência do pensamento filosófico da Cristandade, que girava em torno da antítese entre direito divino e direito humano (RADBRUCH, 1979). Na filosofia tomista, as inclinações naturais do homem estavam subordinadas a uma lei transcendente e previamente definida. *A lei natural, na filosofia tomista, é a participação da criatura racional na lei eterna* (NADER, 1996, p. 124).

Diante dessa perspectiva, Ferrajoli afirma que ainda não era possível vislumbrar uma noção de soberania externa nesse conceito vitoriano (2002). Não se havia rompido ainda com a ideia clássica – que permaneceu também no pensamento medieval – do homem como um animal político que estava imerso num corpo social no qual se aperfeiçoava e, ao mesmo tempo, deveria ser também considerado em seu estado de natureza (BOBBIO, 1992). Esse arquétipo deu os contornos para essa ideia de soberania que se limitava ao âmbito interno dos Estados como espaço de fruição dos direitos naturais referidos por Vitória porque, no plano externo, estavam aqueles imersos numa ordem superior.

Ferrajoli, aliás, parte dessa premissa para sustentar uma interessante teoria sobre a evolução do conceito de soberania (2002), cuja lógica pode ser perfeitamente estendida ao direito internacional, de resto *um direito aplicável a entidades soberanas* (DINH, 2003, p. 85). A primeira fase nesse processo evolutivo se iniciou com Vitória e teve seu apogeu com Hugo Grócio, que contribuiu para a secularização do conceito ao apresentar distinção mais rígida entre o divino e o humano.

Na segunda fase, a partir das obras de Hobbes e Bodin, o conceito evoluiu para uma progressiva limitação da soberania interna e a absolutização da soberania externa, cujo ápice é a Paz de Vestfália, em 1648. Surge então o Estado moderno, no momento em que a afirmação da razão humana oferece os contornos para uma concepção estatal dissociada da existência de uma ordem superior, portanto caracterizada por um vazio normativo na ordem internacional. Ao mesmo tempo, a soberania interna se limitava progressivamente conforme se afirmavam os pressupostos do Estado de Direito, tidos por Ferrajoli como negações da soberania (2002).

O modelo vestfaliano permanece até a primeira metade do século XX, quando os fatos históricos evidenciaram em definitivo sua insuficiência para enfrentar os desafios da sociedade internacional que se estabelecia no período pós-guerra, início da transição para a concepção de um novo modelo, do “algo de novo” a que se referiu Adam Watson já nos anos 90 (WATSON, 2004). Depois de duas Grandes Guerras, a sociedade internacional se viu obrigada a repensar as noções de soberania, para

avançar em direção a uma sociedade global, marcada pela interdependência entre os Estados, estruturados em rede (CASTELLS, 1999).

Nesse sentido, na terceira fase, a absolutização da soberania externa é substituída pela noção de interdependência, de imbricação de atores transnacionais (BECK, 1999), ensejando sensível incremento da influência externa nas definições soberanas do Estado no exercício do poder político. Nessa terceira fase, a sociedade internacional deixa de se considerar europeia para se considerar global (WATSON, 2004), em que pese se tenha construído a partir do pensamento filosófico ocidental, predominantemente europeu.

Essa mudança de paradigma consolidou-se aos poucos, mas é certo que o processo evolutivo é marcado por naturais resistências à influência internacional, como forma de preservação das competências estatais. Como síntese dessa tensão por competências (atributos da soberania), observa-se o surgimento negociado de níveis ou instâncias decisórias com pressupostos bem delimitados dialógica e consensualmente, processo no qual é possível enxergar uma forte influência do pensamento de Habermas (CANOTILHO, 2006; TOMAZ, 2004).

Assim, fundamentando-se na teoria das organizações internacionais, tem sido cada vez mais frequente a cessão, pelos Estados, de parcelas de sua soberania a fim de viabilizar a criação de entidades supranacionais com objetivos específicos. Nesse encadeamento de níveis decisórios, a atuação do Estado mantém seu caráter primário, enquanto os níveis supranacionais adquirem feição complementar ou subsidiária, conforme definido consensualmente no momento de sua instituição.

Não há dúvida de que o direito penal não poderia estar alheio a essa lógica aparentemente inescapável da globalização, já que também o ilícito não mais observa a territorialidade (MUÑOZ, 2005). O terrorismo, o contrabando de armas, o tráfico de drogas e de pessoas são exemplos de atividades criminosas que transcendem aos limites estatais (SILVA, 2004) e provocaram modificações no *modus operandi* tradicional dos agentes criminosos, exigindo a concepção de novos métodos para controlá-los (CANTARELLI,

1976). Essa visão já era compartilhada, ainda no limiar da segunda metade do século passado por Jiménez de Asúa, que já enfatizava a existência de *formas de criminalidade internacional às quais deve corresponder formas de repressão internacional*<sup>2</sup> (ASÚA, 1950, p. 667).

Desse modo, o direito internacional penal nasceu no momento em que se percebeu a insuficiência do modelo de repressão estatal no que se refere a algumas condutas criminosas. A propósito, convém também ressaltar sua função como forma de tutela de direito penal humanitário (JAPIASSÚ, 2004), surgido

***Não há dúvida de que o direito penal não poderia estar alheio a essa lógica aparentemente inescapável da globalização, já que também o ilícito não mais observa a territorialidade [...]. O terrorismo, o contrabando de armas, o tráfico de drogas e de pessoas são exemplos de atividades criminosas que transcendem aos limites estatais [...]***

em consequência da internacionalização dos direitos humanos, cuja necessidade foi identificada com mais vigor após as duas Grandes Guerras, confirmando a tese evolutiva e de primado histórico concebida por Bobbio acerca dos direitos do homem (1992).

## **2.1 CONCEITO, OBJETO E FONTES**

Jiménez de Asúa mostra como, historicamente, o direito penal sempre teve apego ao conceito de territorialidade, inclusive entre os povos antigos, quando a repressão penal decorria do poder normativo exercido no seio das cidades (1950). Desse modo, o direito internacional penal constitui uma realidade bem mais recente e ainda em fase de consolidação, razão por que não se pode afirmar haver consenso sequer em torno da terminologia mais adequada para designar o fenômeno e a respectiva disciplina jurídica.

A propósito da terminologia, convém ressaltar que tem prevalecido na literatura especializada uma dicotomia entre direito penal internacional e direito internacional penal, cada qual identificando uma realidade diferente e cujo elemento primordial de distinção tem como referencial a instância decisória da produção normativa, o que remete a discussão também à questão das fontes. Pela di-

cotomia, o direito internacional penal indica o conjunto de normas produzidas no plano internacional como forma de repressão aos crimes internacionais, enquanto o direito penal internacional engloba normas de direito interno, criadas pelo poder político estatal, conferindo legitimidade às jurisdições nacionais para julgar crimes internacionais.

*A priori*, parece incoerente a concepção de um sistema normativo interno para regulação de crimes internacionais. Trata-se, no entanto, de um problema aparente, resolvido pelo caráter de complementaridade do direito internacional

penal. E, a esse respeito, é importante resgatar que a ordem internacional tem-se caracterizado, numa perspectiva habermasiana, pela limitação consensual da soberania estatal, o que justifica a complementaridade das jurisdições internacionais<sup>3</sup>. Portanto, sob a ótica da complementaridade, faz sentido o estabelecimento, no direito interno, de normas repressivas de crimes internacionais. Assim, o Estado nacional não descarta o cumprimento de sua obrigação internacional na persecução penal de tais ilícitos, evitando a atuação complementar das instâncias internacionais.

Neste trabalho, no entanto, o objetivo geral é analisar a culpabilidade no direito internacional penal, ou seja, no conjunto de normas de direito internacional público que prescrevem os crimes internacionais e a dogmática aplicada em sua persecução por instâncias marcadas pelo conceito de jurisdição universal. É verdade, que há alguns autores que designam esse fenômeno de direito penal internacional. Todavia, por uma opção terminológica, aqui a terminologia empregada será a de direito internacional penal, prestigiando o nível de produção normativa como critério distintivo. Aliás, como afirma Alicia Gil Gil (1999), mais relevante do que discutir sobre terminologia é definir efetivamente o objeto da

disciplina jurídica, situando a temática no contexto epistemológico em que se insere.

É possível afirmar que o direito internacional penal é dotado de autonomia como disciplina. Tem objeto próprio, construído a partir da imbricação entre princípios e normas de direito internacional público e de direito penal. Assim, não se confunde com o direito internacional geral e tampouco com o direito penal. Isso se dá porque alguns crimes contrariam interesses que transcendem à figura do Estado clássico, pelo que, sob o ponto de vista da legitimidade, somente um sistema sancionatório de nível equivalente tem condições de prover suficientemente a respectiva tutela.

No que diz respeito às fontes, importa retomar a premissa de que o direito internacional penal configura sub-ramo do direito internacional público. É neste que o direito internacional penal busca suas fontes, em geral aquelas do art. 38 do Estatuto

**[...] o direito internacional penal constitui uma realidade bem mais recente e ainda em fase de consolidação, razão por que não se pode afirmar haver consenso sequer em torno da terminologia mais adequada para designar o fenômeno e a respectiva disciplina jurídica.**

da Corte Internacional de Justiça<sup>4</sup>, entre as quais se destacam o tratado e o costume, com notável ganho de importância para aquele a partir do século passado<sup>5</sup>. Havendo, pois, a introdução, por fontes de direito internacional público, de normas com conteúdo penal, especificamente sobre crimes internacionais e as penas para estes cominadas, tais normas integrarão o objeto do direito internacional penal. Entre estas, a mais importante é, sem dúvida, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, acompanhada de seus documentos normativos complementares.

## 2.2 FORMAÇÃO HISTÓRICA

Curiosamente, a primeira manifestação, ainda que rudimentar, de norma internacional com repercussão penal foi veiculada num dos tratados mais antigos de que se tem notícia: o Tratado de Paz celebrado, em 1280 a.C., entre o Faraó Ramsés II do Egito e Hatussili III, rei dos Hititas (BASSIOUNI, 1981). Nesse tratado, estabeleceu-se uma cláusula de extradição recíproca entre delinquentes fugitivos.

Todavia, o primeiro precedente efetivo de jurisdição penal internacional somente veio à tona em 1474, com o julgamento de Peter von Hagenbach, governador do Sacro Império Romano de Breisach, que havia sido nomeado por Charles de Borgonha (GUAJARDO, 2004). Com a derrota deste por uma coalizão formada pela França, pela Áustria e por forças do Alto Reno, von Hagenbach foi preso sob a acusação de haver violado as Leis de Deus e dos homens, autorizando as suas tropas a raptarem e matarem civis inocentes e a realizarem pilhagens em suas propriedades. Foi então levado a julgamento, na Praça do Mercado de Breisach, por um tribunal composto por 28 juizes de diferentes cidades aliadas do Arquiduque da Áustria, sob a presidência deste. Ao final, após privado de sua dignidade de cavaleiro, Peter

von Hagenbach foi condenado e executado (BASSIOUNI, 1981; JAPIASSÚ, 2004).

Um segundo precedente, datado de 1872, deu-se quando Gustave Moynier, fundador do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, apresentou uma proposta de criação de um tribunal penal internacional competente para julgamento de crimes de guerra (BASSIOUNI, 1981; GUAJARDO, 2004; GEIGER, 2004). Porém, a proposta não vingou por ter sido considerada irrealista pelos Estados.

Mais adiante, na época da Liga das Nações, surge um terceiro precedente. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, é assinado, em 1919, o Tratado de Versalhes, pelo qual as potências aliadas e a Alemanha estabeleceram algumas disposições importantes no tocante à responsabilidade internacional, haja vista as graves violações ao direito internacional praticadas pela Alemanha, especialmente ao ter infringido a neutralidade da Bélgica e de Luxemburgo. Previu-se então, nos arts. 227 a 229, a intenção de julgar o *kaiser* Guilherme II por ofensa à moral internacional e à autoridade sagrada dos tratados, por meio de um alto tribunal especialmente criado para esse fim. Contudo, o julgamento nunca ocorreu por recusa da Holanda, onde o imperador se refugiara, tendo os processos por crimes de guerra se realizado no Tribunal do Império em Leipzig, como tribunal nacional.

Em seguida, ainda sob a Liga das Nações, houve um notável esforço para a instituição de um tribunal penal internacional, embora com competência restrita para repressão ao terrorismo, conforme previsto no art. 1º da Convenção de 1937. A convenção, no entanto, foi ratificada por apenas um Estado e nunca entrou em vigor, até em função da proximidade com a Segunda Guerra Mundial deflagrada dois anos depois.

Embora a experiência da Liga das Nações não tenha surtido o efeito esperado, desempenhou importante função da formação histórica do direito internacional penal, ao conceber uma base jurídica – ainda que embrionária – para punição dos crimes contra o direito internacional cometidos durante a segunda Guerra Mundial, em especial o Holocausto. A ideia de criação de um tribunal internacional para julgamento de nazistas responsáveis pelos crimes praticados durante o período bélico surgiu nas conferências de Moscou e de Teerã, em 1943, de Ialta e de Postdam, em 1945.

Em 1945, com a celebração do Acordo de Londres pelas quatro potências aliadas (Estados Unidos, União Soviética, Reino Unido e França), foi instituído o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para julgamento de nazistas, tendo em vista a rendição incondicional da Alemanha. O Tribunal de Nuremberg teve competência para processar e julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, que primeira vez eram formulados como tipos penais internacionais, tendo seu principal mérito o de reconhecer a responsabilidade penal individual no âmbito internacional (GUAJARDO, 2004; GEIGER, 2004).

Considerado por muitos o verdadeiro nascimento do direito internacional penal (LARGUIER, 2003), o Tribunal de Nuremberg era composto por quatro juizes e um suplente, tendo cada potência aliada nomeado um juiz e um suplente. Os membros do Ministério Público, por sua vez, também foram designados pelos quatro aliados. Embora se tratasse de

um tribunal militar, todos os Estados, com exceção do soviético, designaram juristas civis de notável saber jurídico em seus respectivos países. Na verdade, o tribunal fora criado como militar como forma de os Estados Unidos contornarem o princípio da anterioridade estabelecido em seu direito penal comum interno, já que não havia previsão semelhante em seu direito penal militar (JAPIASSÚ, 2004).

Os processos no Tribunal de Nuremberg tiveram início em 21 de novembro de 1945, com conclusão em 1º de outubro de 1946, tendo sido 12 pessoas condenadas à pena de morte, três a prisão perpétua, quatro a penas privativas de liberdade delimitadas no julgamento e três pessoas foram absolvidas. As penas capitais tiveram sua execução na própria prisão de Nuremberg, por enforcamento, em 16 de outubro de 1946.

Embora se tratasse indiscutivelmente de uma justiça de vencedores contra vencidos, o Tribunal de Nuremberg não provocou reações tão incisivas quanto as que anteriormente se vira em relação ao Tratado de Versalhes, firmado após a Primeira Guerra Mundial, que deu impulso ao nazismo pelo sentimento de humilhação dos alemães. Em Nuremberg, houve a preocupação de viabilizar um julgamento criterioso e não uma vingança internacional, razão por que, a despeito de eventuais críticas, obteve sucesso relativo (JAPIASSÚ, 2004).

Poucos meses após o início das atividades em Nuremberg, também começaram os trabalhos no Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, sediado em Tóquio. Em que pese sua semelhança estatutária com Nuremberg, o Tribunal de Tóquio não foi alvo de tantas críticas, sobretudo em função da diferente composição dos juizes, em número de 11 e de diferentes nacionalidades. O promotor era apenas o americano Keenan, com dez outros promotores associados.

Desde então, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), nunca cessou o esforço, iniciado ainda na Liga das Nações, para criação de uma jurisdição penal universal permanente. Todavia, o trabalho que era desenvolvido na ONU sempre esbarrava nas dificuldades impostas pela Guerra Fria. Assim, somente em 1989, com a derrocada da União

Soviética, foi possível estabelecer um novo marco nas relações internacionais, abrindo espaço para efetiva criação de um tribunal penal internacional permanente. Nesse ano, na Assembleia Geral, Trinidad e Tobago solicitou formalmente o retorno da discussão com o objetivo de viabilizar o combate ao narcotráfico, tendo sido, logo em seguida, acionada a Comissão de Direito Internacional para que retomasse os estudos anteriores sobre a temática.

Entre 1990 e 1994, a Comissão de Direito Internacional trabalhou em diversos projetos. Porém, apenas em 1996, após sucessivas discussões em diversos órgãos para tanto instituídos no âmbito da ONU e com dificuldades na obtenção de consenso na sociedade internacional, a Assembleia Geral convocou uma conferência de plenipotenciários para conclusão de uma convenção para criação de um tribunal penal internacional, então previamente marcada para junho de 1998, com sede na Itália.

Enfim, a Conferência Diplomática de Roma teve início em 15 de junho de 1998, com o objetivo de aprovação do estatuto de um tribunal penal internacional. Foram cansativas cinco semanas de negociações, porém enfim se logrou aprovar, em 17 de julho de 1998, o Esta-

**[...] o direito internacional penal é dotado de autonomia como disciplina. Tem objeto próprio, construído a partir da imbricação entre princípios e normas de direito internacional público e de direito penal.**

tuto do Tribunal Penal Internacional, que entraria em vigor em 2 de julho de 2002, 60 dias após a sexagésima ratificação pelos Estados signatários.

Trata-se da primeira experiência formalmente consolidada de jurisdição penal internacional permanente na sociedade internacional, em que pese a não adesão dos Estados Unidos e a forte oposição que tem feito no Conselho de Segurança em relação a algumas questões, em especial quanto à regulação referente a violações praticadas em Estados terceiros não integrantes do tribunal (KRE, 2005). A resistência norte-americana, que já existia quando da celebração do tratado, foi reforçada no governo do atual presidente George Bush, seja por questões ideológicas do

ideário republicano, seja pelo *leadership* do Pentágono que refuta o tribunal por mero pragmatismo, seja pelo medo de alguns intelectuais que enxergam no tribunal uma ameaça à soberania nacional (DONAT-CATTIN, 2005).

O Tribunal Penal Internacional configura uma construção jurídica notável que representa uma visão bastante realista do processo histórico, consistindo no marco de consolidação de uma jurisdição universal permanente para repressão de crimes internacionais. Não se pode desconsiderar, porém, que a obtenção do consenso internacional em torno de sua criação foi reforçado pela experiência exitosa de algumas jurisdições internacionais temporárias (Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda) e mistas (Serra Leoa, Kosovo e Timor Leste).

### **2.3 O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL E RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL**

*A titularidade jurídica internacional do ser humano, tal como a anteviam os chamados fundadores do direito internacional (direito das gentes), hoje é a uma realidade* (TRINDADE, 2006, p. 112). Com efeito, essa emancipação

do ser humano como sujeito de direito internacional é característica recente no processo histórico (MIRANDA, 2002). Basta resgatar a premissa de que, embora o designando como direito das gentes, Francisco de Vitória, ao pensar a *communitas orbis*, ainda se referia à existência de direitos naturais dos Estados numa ordem mundial, da qual sequer a soberania externa estatal constituía postulado essencial.

Com efeito, a soberania externa somente vem a afirmar-se num período posterior, atrelada ao pensamento moderno que oferece condições para a formação dos Estados nacionais, em contraposição ao período medieval de descentralização do poder político. No apogeu de absolutização da soberania, o

Estado se afirma como tal na sociedade internacional, com fundamento em Vestfália, e ainda não sofreu, no que diz respeito à soberania, as limitações que conduzem à formação paulatina, no final da Idade Moderna, do Estado de Direito.

O estabelecimento dessa premissa é importante neste contexto porque, no período anterior à consolidação do Estado de Direito, o ser humano não era detentor de direitos sequer contra o Estado nacional. No início da época moderna, a razão passa a fundamentar o pensamento filosófico, mas somente com o aprofundamento das ideias é que se conclui pela existência de direitos oponíveis pelo ser humano ao próprio Estado, por serem inerentes à própria condição humana e, por isso, universais.

Nesse sentido, a internacionalização dos direitos humanos, admitida mais de um século depois, decorre da mesma premissa pela qual se reconheceu a existência de direitos oponíveis ao Estado nacional: trata-se de direitos prévios à formação de qualquer sistema de direito positivo, cuja legitimidade é retirada da própria condição humana e cuja preservação constitui a *ratio essendi* do próprio direito. Teorizar essa universalização no âmbito do direito internacional se tornou necessário a partir do momento em que se percebeu a insuficiência da racionalidade estatal para a juridicização de fatos sociais que passaram a não mais respeitar a lógica do território, um dos elementos do conceito de Estado.

Com efeito, na Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que as estruturas estatais, em face da repercussão global de determinadas relações jurídicas, não mais conseguiam garantir, com um mínimo de eficiência, a fruição desses direitos inerentes à condição de ser humano. Assim, a internacionalização veio

até em face do princípio da bilateralidade da norma jurídica, torna-se possível o estabelecimento de deveres internacionais do indivíduo, acompanhados de sanções por eventual descumprimento. Dessa lógica, surge a previsão de crimes internacionais imputados ao indivíduo e, por consequência, a respectiva responsabilização penal internacional.

Essa noção veio surgir no direito humanitário, com a preocupação sobre como teorizar a repressão pela prática de crimes de guerra. Durante o período de vigência da Liga das Nações, havia um sentimento acerca da necessidade de punição dos indivíduos pelo cometimento desses crimes, o que ficou evidenciado nas disposições do Tratado de Versalhes que prescreveram o julgamento do *kaiser* Guilherme II.

Entretanto, a responsabilidade penal do indivíduo somente se concretiza com os julgamentos perpetrados nas jurisdições internacionais de Nuremberg e Tóquio, referendados posteriormente pela Assembleia Geral da ONU, em 11 de dezembro de 1946, quando esta aprova a Resolução n. 95, pela qual expressa a *Confirmação dos Princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg*. Em seguida, cumprindo determinação da Resolução n. 177 da Assembleia Geral, a Comissão de Direito Internacional definiu os sete princípios extraídos das atividades de Nuremberg, dentre os quais o da culpabilidade pessoal, no qual se funda a responsabilidade penal internacional do indivíduo<sup>6</sup>.

A construção da Comissão de Direito Internacional foi o ponto de partida para a ordenação de princípios do direito internacional penal, os quais foram se aprimorando como fruto das experiências de jurisdições internacionais que sucederam a Nuremberg, bem como dos estudos empreendidos nos domínios diplomático e acadêmico. Diante de tais elementos, as negociações para aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional tiveram que enfrentar o assunto, possibilitando convencionar-se sobre os princípios nele incorporados.

### 2.3.1 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A RESPONSABILIDADE PENAL INDIVIDUAL

As negociações para aprovação do Estatuto de Roma conseguiram superar os obstáculos conceituais decorrentes das diferentes estruturas dos direitos positivos internos dos Estados cujas delegações se fizeram presentes no prédio da FAO<sup>7</sup>, para as negociações em torno da criação do Tribunal Penal Internacional, especialmente no que diz respeito às naturais distinções entre os sistemas de direito civil e da *common law*.

Concebeu-se, assim, uma ordenação principiológica sustentada por dois pilares: a legalidade e a responsabilidade penal individual (GUAJARDO, 2004), muito embora não se possa afirmar a existência de uma classificação consensual na literatura. Kai Ambos, por exemplo, trata como princípios gerais em sentido amplo todos os princípios e regras estabelecidos na parte geral, subdividindo-os em três categorias: princípios gerais em sentido estrito (arts. 20-24), normas relativas à responsabilidade penal individual (arts. 25, 28, 30) e excludentes, notadamente as de caráter subjetivo (arts. 26, 27, 29, 31-33) (2000). Marrielle Maia, por sua vez, refere-se genericamente a tais normas como princípios gerais de direito penal consagrados no Tribunal Penal Internacional, tratando a seguir, em destaque e à parte, do princípio da complementaridade (2001)<sup>8</sup>.

## *O Tribunal Penal Internacional configura uma construção jurídica notável que representa uma visão bastante realista do processo histórico, consistindo no marco de consolidação de uma jurisdição universal permanente para repressão de crimes internacionais.*

à tona como instrumento jurídico de preservação da universalização desses direitos, cuja premissa tem origem ainda no pensamento moderno. Para tanto, construiu-se um sistema que reconhecia direitos humanos universais e estabelecia garantias para tutela de direitos eventualmente violados. Desde então, o homem se tornou sujeito de direito internacional.

Por conseguinte, é possível afirmar que a emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional consolidou-se, no processo evolutivo da sociedade internacional, com a afirmação da internacionalização dos direitos humanos, cujo marco definitivo consiste na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948.

Essa emancipação, todavia, consolidou-se após uma lenta e progressiva construção, alimentada pelo critério da necessidade. Contudo, no momento em que se aceita essa emancipação, impõe-se admitir simetricamente a existência de deveres do ser humano na ordem internacional. Como sujeito de direitos,

Incorporando a classificação de Kai Ambos, têm-se como princípios gerais em sentido estrito os prescritos entre os arts. 20 e 24 do Estatuto. O art. 20 prevê o princípio de *ne bis in idem*, com uma conotação um pouco diferente da feição tradicional, haja vista o princípio da complementaridade. Estabelece-se ainda, no art. 21, o direito aplicável aos julgamentos submetidos ao tribunal. São verdadeiros princípios gerais, em que pese terem sido veiculados no Capítulo II do Estatuto, que regula competência, admissibilidade e direito aplicável.

Já no Capítulo III, dedicado especificamente a princípios gerais de direito penal aplicados, preveem-se respectivamente, nos arts. 22, 23 e 24, os princípios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* e o da irretroatividade. Trata-se da posituação da incidência desses princípios gerais de direito penal também no direito internacional penal, fundamentados na garantia do princípio da legalidade em sentido amplo.

Ainda no Capítulo III, veiculam-se os princípios referentes à responsabilidade penal individual, aceita na teoria do direito internacional penal desde o precedente de Nuremberg. No art. 25, que a disciplina com detalhe, são prescritos os aspectos objetivos da responsabilidade penal individual, ressaltando-se expressamente a possibilidade de responsabilização de organizações internacionais, proposta inicialmente pela França, porém rejeitada na Conferência de Roma (MAIA, 2001). Ainda quanto aos aspectos objetivos, o Estatuto dispõe ainda, no art. 28, sobre a responsabilidade dos comandantes e seus superiores, afastando-se o princípio da imunidade soberana ou da capacidade oficial como possível *defense* de exclusão da responsabilidade penal. Por outro lado, já no que diz respeito aos aspectos subjetivos, o Estatuto, no art. 30, fixa os elementos de intencionalidade da responsabilidade penal individual.

O Estatuto normatiza ainda as causas excludentes da responsabilidade penal individual. No art. 26, é incorporado o princípio de exclusão de jurisdição sobre menores de 18 anos. Adiante, no art. 27, prescreve-se o princípio da irrelevância da qualidade oficial, por meio do qual se assegura a competência do tribunal independentemente do cargo ou posi-

ção ocupado pelo acusado. A imprescritibilidade como princípio é prevista no art. 29 e, por fim, os arts. 31, 32 e 33 estabelecem, respectivamente, as causas de exclusão da responsabilidade penal, a disciplina do erro de fato e do erro de direito, assim como da responsabilidade dos subordinados.

### 3 O DIREITO INTERNACIONAL PENAL E A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW

É até intuitivo que o direito internacional penal herde sua estrutura dogmática do direito penal formado na tradição da *common law*. Tendo como marco,

**[...] é possível afirmar que a emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional consolida-se, no processo evolutivo da sociedade internacional, com a afirmação da internacionalização dos direitos humanos, cujo marco definitivo consiste na Declaração Universal dos Direitos do Homem [...]**

em sua formação histórica, o Tribunal de Nuremberg, é natural que os norteamericanos, maiores vencedores da Segunda Guerra Mundial, tenham exercido influência determinante nos rumos das atividades. E, como o direito dos Estados Unidos é filiado à *common law*, toda a construção dogmática do direito internacional penal daquele momento teve como premissa os princípios e conceitos oriundos daquela família de sistemas jurídicos, iniciando-se ali um processo evolutivo alheio às estruturas criminais concebidas no seio do direito continental europeu e que deram origem à chamada família da *civil law*, de matriz romano-germânica.

Se isso não bastasse, entre as quatro potências que assinaram o Acordo de Londres para a instituição do Tribunal de Nuremberg e indicaram seus juizes, apenas a França, a mais enfraquecida no pós-guerra, tinha seu sistema jurídico filiado à *civil law*. O Reino Unido, tal como os Estados Unidos, segue a tradição da *common law* e a União Soviética, última potência, detinha à época um sistema jurídico muito peculiar e a serviço da ideologia marxista, separado das duas grandes famílias por questões históricas (LOSANO, 2007).

Por outro lado, no banco dos réus, estavam os nazistas que protagonizavam

a atuação da Alemanha no período de guerra. Assim, num tribunal de vencedores contra vencidos, estavam entre estes justamente conterrâneos dos maiores expoentes do direito penal da *civil law* na primeira metade do século XX, portanto do período imediatamente anterior à deflagração da guerra. A propósito, a história hoje até mostra que muitos desses renomados autores, como Reinhard Maurach, Edmund Mezger, Heirich Henkel e Hans Welzel, eram academicamente vinculados ao nazismo. Maurach, aliás, chegou a ser filiado ao partido nazista (CONDE, 2007).

É natural, diante desse contexto, que a família da *civil law* tivesse influência limitada na definição das estruturas jurídicas concebidas no âmbito do Tribunal de Nuremberg. Seria até contraditório que assim não fosse, porque implicaria prestigiar, num julgamento de crimes praticados em nome do nazismo, contribuições teóricas daqueles que ofereciam suporte doutrinário a muitas das condutas atroz cometidas pelos mesmos nazistas.

#### 3.1 A FAMÍLIA DA COMMON LAW

Enquanto os sistemas jurídicos da Europa continental constituem o berço da *civil law*, o direito inglês foi o protagonista da família da *common law*. As distinções são de fundamento e a principal delas repousa na questão das fontes: o primeiro tem base legislativa, sendo a lei em sentido formal sua fonte primária; o segundo, caracterizado pelo *judge made law*, é predominantemente jurisprudencial, prevalecendo a atividade judicial como força propulsora da criação de normas jurídicas.

A tradição jurídica da *common law* surge na Inglaterra, sendo a conquista dos normandos, em 1066, um marco na história do direito inglês (DAVID, 2002)<sup>9</sup>. No período que a precede, o sistema jurídico inglês era bastante rudimentar e tinha fundamento essencialmente costu-

meiro. A ordem das coisas vai se modificar com a conquista normanda e instalação das cortes reais. A expressão *common law* deriva de *comune ley* na gíria normanda (*Law French*), consistente no direito comum para toda a Inglaterra, em oposição aos costumes locais até tidos como a única fonte do direito (DAVID, 2002).

A *common law* não é essencialmente costumeira como o direito anterior. Trata-se mais propriamente de um direito jurisprudencial que tem como notas características bem marcantes a historicidade e a tradição, elementos bastante arraigados à própria cultura britânica. Mesmo os autores que identificam a *common law* como um direito costumeiro ressaltam, como faz Mario Losano (2007), que *o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes*.

**[...] a notável influência inglesa na conquista do Novo Mundo contribuiu para que a *common law* se espalhasse em direção às colônias inglesas, que hoje, mesmo após a independência, ainda conservam as bases do mesmo sistema.**

A *common law*, um direito comum para toda a Inglaterra, torna-se viável com a unidade política da Grã-Bretanha promovida por Guilherme I<sup>o</sup>. Em torno da *curia regis*, ou seja, da corte real de Guilherme I, estruturaram-se as *Inns of Courts*, responsáveis pela formação dos juristas autorizados a atuarem nas cortes reais. Desse modo, a unidade política empreendida por Guilherme I expressou-se também como unidade jurídica, centralização judiciária e homogeneidade da classe forense, fatores que contribuíram para evitar a penetração do direito romano na Inglaterra<sup>11</sup>.

Uma outra peculiaridade histórica ofereceu contornos muito particulares ao direito inglês. Desde a *Magna Charta*, é possível verificar que a sobrevivência da Coroa se dá em virtude de sua habilidade em preservar o não enfrentamento com setores resistentes, abdicando, quando necessário, de algumas prerrogativas com o objetivo de, conciliando interesses, manter-se no poder. Um foco de resistência era o dos senhores feudais à interferência das cortes reais nos assuntos que lhes diziam respeito. Como solução, as competências dessas cortes foram se firmando gradativamente, *on the case* (DAVID, 2000), por meio de um direito de primado processual, caracterizado pelo brocardo *remedies precedes rights*. Assim, a *common law* estruturou-se a partir de *writs*, de procedimentos específicos para resolver determinados conflitos.

A formação da *common law* foi possível graças à regra do precedente vinculante ou do *stare decisis*, segundo o qual as cortes inferiores são obrigadas a aplicar o precedente emitido pela superior e os seus próprios precedentes já consolidados. Assim, a ordem jurídica foi se estruturando a partir da multiplicação e aplicação desses precedentes, formando um sistema de sustentação predominantemente jurisprudencial, em que o direito legislado, em que pese existente, é bastante escasso. Guido Soares, a propósito, escreve: *na common law, a idéia*

*que permeia o sistema é a de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas* (SOARES, 2000, p. 53).

No entanto, a sistemática de *writs* tornou excessivamente rígido o direito da *common law*. O *writ* consistia numa ordem escrita do rei pelo qual se intimava o réu em juízo para demonstrar que o autor não tinha razão, sendo que para cada *writ* havia um pedido correspondente. Não havendo um *writ* específico para a postulação que se pretendia formular, não havia solução para o caso perante as cortes reais (*no writ, no remedy*).

O vazio que poderia advir da dinâmica da *common law* passou então a ser suprido mediante a aplicação direta da *equity law*, consistente na compilação da produção normativa do *Lord Chancellor*. Na verdade, desde a conquista normanda era possível recorrer ao rei das decisões das cortes reais. Aos poucos, essa prerrogativa real foi delegada ao Chanceler, que normalmente decidia com base em normas mais propriamente morais do que jurídicas. Por isso, a jurisdição foi designada de *equity law*.

Com a percepção da excessiva rigidez da *common law*, a *equity law* passou a substituí-la, ocupando as lacunas geradas pela sistemática de *writs*. Esse sistema dual ensejou decisões conflitantes, provocando uma verdadeira rivalidade entre as duas jurisdições (DAVID, 2002). O conflito foi equacionado em 1616, quando Francis Bacon, em caso concreto que lhe fora submetido, decidiu pela prevalência da *equity law*. Contudo, o problema somente se resolveu em definitivo com o *Judicature Act* de 1873, que normatizou a questão num *statute*, fundindo ambas as jurisdições.

Aliás, no século XIX, deflagrou-se um notável processo de democratização do direito inglês, em que os juristas britânicos passam então a dar mais atenção ao direito substantivo. Ganha proeminência o direito legislado (*statute law*), imbuído pela supremacia do Parlamento como expressão maior da democracia britânica. Na verdade, embora o direito inglês ainda hoje permaneça predominantemente jurisprudencial, somente a existência de *statute law*, de direito legislado sobre determinada matéria, pode afastar a incidência de uma regra da *common law*<sup>12</sup>.

Porque se tratava de um sistema jurídico diretamente atrelado à Coroa, com forte centralização, não houve abertura para penetração da *common law* na Europa continental, na qual se desenvolvia o sistema herdado do direito romano. Assim, não fosse o poderio da Inglaterra nos tempos modernos, é provável que a *common law* permanecesse até hoje restrita aos limites territoriais da ilha da Grã-Bretanha.

Todavia, a notável influência inglesa na conquista do Novo Mundo contribuiu para que a *common law* se espalhasse em direção às colônias inglesas, que hoje, mesmo após a independência, ainda conservam as bases do mesmo sistema. Assim, pertencem à família da *common law* países como Austrália, Nova Zelândia, Canadá (Província de Québec), Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Trinidad e Tobago, Barbados (SOARES, 2000).

Nos Estados Unidos, vigora um sistema misto com predominância da *common law*, salvo na Louisiana, onde, por influência francesa, segue-se a *civil law*. Essa particularidade se deve ao fato de que todo o sistema jurídico norte-americano sustenta-se numa constituição escrita, que rejeita a



doutrina da supremacia parlamentar (SCHWARTZ, 1968) e constitui-se num instrumento dinâmico que define toda a estrutura do Estado.

### 3.2 O DIREITO PENAL DA COMMON LAW

Como se viu, ao contrário da *civil law*, de perfil racionalista, a *common law* concebeu-se como uma construção pragmática a partir de casos concretos que exigiam soluções também concretas. Assim, enquanto a *civil law* se caracteriza pela preocupação com a previsibilidade e com a segurança, a *common law* evoluiu *pari passu* com o processo histórico, estabelecendo-se por meio do sistema de precedentes vinculantes.

O direito penal não se afasta dessa lógica. Enquanto na *civil law* se procurou criar um sistema racional, prévio e abstrato, para a criminalização de condutas e estabelecimento das respectivas sanções, na *common law* o direito penal se expressa na proteção conferida pelo Estado à liberdade do indivíduo. Assim, a dogmática penal se estruturou por intermédio do processo penal, tendo como referencial a defesa da liberdade individual.

É interessante ressaltar que, em alguns sistemas de direito positivo da *common law*, como o norte-americano e o canadense, costuma-se empregar o vocábulo *penal* para definir uma realidade diferente daquilo que se convencionou chamar de direito penal na *civil law*. Nos Estados Unidos, por *penal laws* entendem-se aquelas normas que proíbem um ato e que impõem uma penalidade (SOARES, 2000, p. 124). *Criminal law*, por outro lado, aproxima-se mais do que a *civil law* designa como direito penal. Assim, *penal laws* dizem mais respeito a um direito sancionatório de menor potencial ofensivo do que os *crimes*, terminologia que abrange atos puníveis porque violadores de valores societários fundamentais (SOARES, 2000). Estrutura semelhante se verifica no direito canadense, com o detalhe de que a persecução dos *crimes* é exclusiva da jurisdição federal.

Os *crimes* na *common law* eram tradicionalmente classificados em três espécies: *treason*, *felony* e *misdeemeanor* (DERBY, 1950). Nos Estados Unidos, as classificações mais recentes não mais mencionam a *treason* entre elas, enquanto na Inglaterra, desde 1967, as

infrações recebem diferente classificação em *indictable offences* e *non-indictable* ou *petty offences*. Em ambos os casos, o critério utilizado na classificação consiste no potencial ofensivo da infração.

Nos Estados Unidos, a utilidade principal da classificação é definir a pena a ser aplicada: as *felonies*, ofensas graves, são punidas com penas mais severas, inclusive capitais; as *misdeemeanor* configuram ofensas menos graves, puníveis em reformatórios e nas cadeias públicas. Por outro lado, na Inglaterra o critério tem como utilidade a definição do juízo competente para julgamento da infração, sendo as *indictable offences* julgadas por uma *Crown Court*, ao passo que as *non-indictable* ou *petty offences* são objeto de julgamento pelas *Magistrates Courts*.

Ainda em 1872, Sir Edward Coke, um dos maiores expoentes do Direito inglês, estabeleceu o princípio da responsabilidade penal na tradição da *common law*: *actus non facit reum nisi mens sit rea*, ou seja, um ato não faz uma pessoa culpada a menos que o pensamento seja culpado. Dessa expressão latina foram extraídos os dois elementos essenciais que fundamentam a responsabilidade penal no âmbito da *common law*: *actus reus* e *mens rea*.

Com efeito, até por sua formação pragmática, não se construiu propriamente uma teoria do crime na *common*

**[...] enquanto a civil law se caracteriza pela preocupação com a previsibilidade e com a segurança, a common law evoluiu pari passu com o processo histórico, estabelecendo-se por meio do sistema de precedentes vinculantes.**

*law*. Toda a construção dogmática penal foi edificada a partir desses dois elementos (*actus reus* e *mens rea*), na perspectiva de defesa da liberdade do indivíduo por meio do processo, o que viabilizou a construção das *defenses*, como modeladoras da responsabilidade penal.

No processo penal da *common law*, em que se enfatiza o caráter acusatório, a responsabilidade penal depende da comprovação, *beyond reasonable doubt by the prosecution*<sup>15</sup>, desses dois elementos da conduta criminosa. O acusado, por sua vez, cabe apenas demonstrar, se necessário, que está acobertado por alguma *defense* suscetível de excluir a responsabilidade.

O *actus reus*, também designado de *guilty act*, diz respeito ao elemento objetivo da conduta criminosa, que consiste num ato comissivo ou omissivo, observada a *causation of injury*, ou seja, a causalidade entre a conduta e o resultado. Por outro lado, a *mens rea*, ou *guilty mind*, abrange o seu aspecto subjetivo. É importante ressaltar que, nessa construção, o *actus reus* abrange apenas a projeção física da conduta, razão por que não se confunde com a tipicidade do direito da *civil law*, que traz em sua essência também o dolo ou a culpa como seus elementos subjetivos.

Com efeito, tanto os elementos subjetivos da tipicidade quanto a culpabilidade estão embutidos no conceito de *mens rea* que, no processo evolutivo, deixou de exigir *actual wickedness of the party*<sup>14</sup> (HOLMES JUNIOR, 2004) e hoje exige o apenas a demonstração do *intent*, que se divide em quatro categorias de atitudes mentais: *purpose* ou *intent* (intenção), *knowledge* (conhecimento), *recklessness* (imprudência) e *negligence* (negligência).

### 3.3 A DOGMÁTICA DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL DA COMMON LAW

Como se pôde verificar, no direito penal da *common law* os elementos do crime diferem daqueles reconhecidos

no sistema de direito civil. Assim, nas fontes de direito internacional penal, aí compreendidas as decisões de tribunais penais internacionais, não se enxerga os elementos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, fruto de uma lenta construção da teoria do crime nos sistemas da *civil law*.

Com efeito, mesmo em normas positivadas, os crimes não são formalmente estruturados a partir desses três elementos. Não há dúvida de que, a partir de perspectiva analítica, é possível identificar a presença desses três elementos nas normas positivadas e nas decisões de direito internacional penal. É certo, no entanto, que toda a estruturação normativa se pro-

jeta a partir dos elementos do crime identificados no sistema da *common law*.

Não é diferente no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Kai Ambos, desse modo, divide as normas relativas à responsabilidade penal individual segundo a dicotomia do direito penal da *common law*, identificando, pois, seus aspectos objetivos (*actus reus*) e subjetivos (*mens rea*). Não há previsão de tipos penais, com descrições de condutas típicas, tal como nos códigos do sistema de direito civil. Consta, do Capítulo II, uma enumeração longa de crimes, com a descrição dos núcleos das condutas materiais mais adiante no Capítulo III, quando se regula a responsabilidade penal individual em seu aspecto objetivo (arts. 25 e 28). O mesmo ocorre quanto ao dolo, à antijuridicidade e à culpabilidade, implícitos nos aspectos subjetivos da responsabilidade penal do indivíduo (art. 30).

#### 4 A CULPABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Curiosamente, a despeito de não integrar a estrutura dogmática do direito internacional penal, o conceito de culpabilidade, paradoxalmente, constitui o próprio fundamento da responsabilidade penal do indivíduo no âmbito internacional desde Nuremberg. A esse respeito, explica Kai Ambos (2003, p. 9) que *os tribunais não reconheceram que o princípio de culpabilidade (individual) exige o conhecimento por parte do acusado das circunstâncias do delito*. E conclui afirmando que os juízos subsequentes sempre reafirmaram que a responsabilidade individual pressupõe culpabilidade.

Isso se explica pelo fato de que a justificação da legitimidade do Tribunal de Nuremberg teve que se apoiar num juízo de reprovação sobre as condutas perpetradas pelos nazistas para fundamentar a responsabilidade penal individual dos acusados,

zo de reprovação pessoal era feito por meio de critérios mais frágeis. Em Ferri, tal era feito a partir de um critério de periculosidade, sustentado por um positivismo influenciado pelo determinismo derivado da física newtoniana e por uma biologia evolucionista racista (ZAFFARONI, 2005).

Em seguida, porém ainda no século XIX, vigoraria a teoria psicológica da culpabilidade, que considerava a culpabilidade um mero vínculo psíquico entre o autor e o fato, *consistente numa relação psicológica entre vontade e resultado*<sup>15</sup> (ZAFFARONI, 2005, p. 85). Culpa, segundo Von Liszt (2003, p. 259), *é a responsabilidade pelo resultado produzido*. O dolo e a culpa eram formas ou espécies de culpabilidade (SILVA, 2000), descartando-se, assim, a consciência da antijuridicidade da conduta.

Com Frank, já no início do século XX, surge a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, posteriormente aprimorada por Mezger e Goldschmidt. Aqui a culpabilidade deixou de ser um juízo psicológico para adquirir feição normativa. Como dizia Everardo Cunha Luna (1976, p. 60), *a culpabilidade é conhecimento e vontade definidos e limitados em lei*. Esse caráter normativo se dá com a absorção do elemento normativo da consciência da antijuridicidade da conduta, razão por que, na teoria psicológico-normativa, *censura-se o fato em virtude de o indivíduo ter podido conhecer a ilicitude de sua vontade* (BRANDÃO, 2008, p. 207).

Ao conceber a teoria finalista da ação, Welzel não rompeu propriamente com a teoria psicológico-normativa. Apenas, ao deslocar o dolo para a tipicidade, resultou que a culpabilidade perdeu seu caráter psicológico. Embora como um juízo de reprovação, a culpabilidade passou a ser um conceito normativo puro (teoria normativa pura). Como afirma Maurach (1966, p. 25), *a teoria finalista considera o dolo [...] como elemento subjetivo do tipo. Subtrai, por assim dizer, o dolo do domínio da culpabilidade*. Desse modo, o dolo volta a ser puramente naturalístico (BRANDÃO, 2008), situando-se na tipicidade e não mais na culpabilidade. Assim, o juízo de reprovação sobre o autor de um fato típico e antijurídico decorre de sua potencial consciência da antijuridicidade do mesmo fato.

#### 4.2 A CULPABILIDADE NA DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL SOB A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW

*Não pode existir direito penal sem princípio da culpabilidade; é possível conferir a este outra denominação, mas não se pode eliminá-lo* (ROXIN, 2008, p. 133). Isso ocorre no direito internacional penal, que não trabalha, em sua dogmática, com o conceito de culpabilidade, muito embora, como já afirmado, foi a partir desta que se legitimou a responsabilidade penal do indivíduo perante a ordem internacional.

Com efeito, já se firmou aqui a premissa de que a dogmática do direito internacional penal teve marcante influência do direito penal da *common law*, na qual se verifica uma dicotomia entre aspectos objetivos (*actus reus*) e subjetivos (*mens rea*) quanto aos elementos do crime. A culpabilidade, na verdade, como potencial consciência da antijuridicidade vai estar implícita no aspecto subjetivo do crime, na *guilty mind* de praticar a conduta prevista como *actus reus*.

A *mens rea*, implicando o *intent* de praticar a conduta prevista no *actus reus* não consiste no mero dolo porque, desde a teoria finalista da ação, este voltou a ter feição puramente

**Enquanto na civil law se procurou criar um sistema racional, prévio e abstrato, para a criminalização de condutas e estabelecimento das respectivas sanções, na common law o direito penal se expressa na proteção conferida pelo Estado à liberdade do indivíduo.**

até porque não havia, naquela época, uma prévia descrição internacional geral e abstrata dos crimes cometidos pelos acusados. Trata-se, como afirma novamente Kai Ambos (2003, p. 9), de uma culpabilidade sujeita a algumas *limitações consideráveis*, até para se adequar à lógica do sistema da *common law*.

#### 4.1 A TEORIA DA CULPABILIDADE

Ao lado da tipicidade e da antijuridicidade, a culpabilidade constitui um dos elementos do crime na dogmática penal da *civil law*, significando, segundo Cláudio Brandão (2008, p. 200), *um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico*. Nesse sentido, a culpabilidade se distingue dos outros dois elementos pois implica um juízo sobre o autor do fato, enquanto pelos demais se faz um juízo do fato em si.

A culpabilidade somente ganhou cientificidade em 1907, com Frank, a partir da formulação inicial da teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Antes disso, no século XIX, o juízo

naturalística, significando apenas o elemento subjetivo do tipo, referindo-se a consciência e vontade na ação. Assim, a *mens rea* também embute uma noção normativa da conduta, quanto à consciência de sua antijuridicidade, tanto que, entre as *defenses* para excluí-la, incluem-se o *mistake* (erro), a *duress* (coação) e a *insanity* (incapacidade mental).

#### 4.2.1 A CULPABILIDADE NO ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Já se estabeleceu neste trabalho a premissa de que, na elaboração do Estatuto do Tribunal Penal Internacional na Conferência de Roma, foi necessário que os Estados signatários enfrentassem as dificuldades decorrentes das diferenças conceituais entre os sistemas jurídicos internos dos Estados signatários, especialmente no que diz respeito às distinções entre as duas grandes famílias: a *common law* e a *civil law*. O resultado foi um texto híbrido, porém com flagrante predominância para a dogmática obtida a partir do sistema da *common law*, até em virtude da própria formação histórica do direito internacional penal.

Todavia, isso não significa que algumas características dos sistemas jurídicos da *civil law* não tenham sido incorporadas. Não se descurou de veicular no Estatuto o princípio da legalidade (arts. 22 a 24, incluindo-se aí a irretroatividade da lei penal), sendo também relevante afirmar que o documento normativo não deixa de ser um exemplo de positividade por meio do mecanismo da codificação, característica mais evidente na *civil law*, em que a lei formal é a fonte primária do direito.

Quanto aos elementos do crime, no entanto, a inspiração veio do direito penal da *common law*, não havendo a estruturação dos crimes segundo sua tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. O Estatuto, na verdade, justifica a responsabilidade penal individual segundo os critérios da *common law*, em cujo sistema o crime desdobra-se em seus aspectos objetivo (*actus reus*) e subjetivo (*mens rea*). Nesse sentido, embora se admita, desde Nuremberg, a culpabilidade como fundamento do direito de punir no âmbito internacional, esta não constitui critério dogmático para definição dos crimes internacionais.

Nesse contexto, convém retomar a afirmação de Roxin (2008) no sentido de

que não há direito penal sem culpabilidade, mesmo que esta esteja sob outra denominação. De fato, em que pese não ter sido a culpabilidade critério de estruturação dogmática das normas penais do Estatuto de Roma, isso não significa que não esteja neste implícito sob outra denominação. Seria até contraditório que assim não fosse, dada a premissa já fixada de que tal princípio justificou historicamente a responsabilidade penal individual no âmbito internacional.

**[...] a despeito de não integrar a estrutura dogmática do direito internacional penal, o conceito de culpabilidade, paradoxalmente, constitui o próprio fundamento da responsabilidade penal do indivíduo no âmbito internacional desde Nuremberg.**

Na análise das normas do Estatuto sob a dogmática do direito penal da *common law*, é possível afirmar que a culpabilidade integra o elemento subjetivo do crime (*mens rea*), que implica não apenas uma relação causal entre vontade e resultado (dolo), mas também a consciência potencial da antijuridicidade do fato (culpabilidade). Na *guilty mind*, uma das categorias de atitude mental é o *knowledge*, que se aproxima da culpabilidade como juízo normativo puro. A culpabilidade está implícita, portanto, no art. 30 do Estatuto de Roma, que estabelece o *mental element* do crime.

Dispõe, a propósito, o art. 30: *Elementos Psicológicos 1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.*

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

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

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

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

*"com conhecimento" deverão ser entendidas em conformidade.*

Pelo que se extrai da materialidade do enunciado normativo, prescreve-se como elemento subjetivo, no item 1, que o agente tenha "conhecimento dos elementos materiais" de um crime de competência do Tribunal, fornecendo-se, no item 3, interpretação autêntica do conceito de "conhecimento", ao qual se atrela a noção de consciência. Não há dúvida, por conseguinte, que a

culpabilidade está implícita nesse preceito do art. 30.

Por outro lado, também já se firmou anteriormente a premissa de que os elementos objetivo e subjetivo do crime na dogmática da *common law* são modeladas a partir das *defenses* sustentadas pelo acusado como forma de se eximir da responsabilidade penal. Trata-se de defesas processuais, porque construídas na dinâmica do processo, seguindo lógica de construção do sistema da *common law*. Desse modo, no Estatuto de Roma, foram positivadas algumas *defenses* que indicam exclusão da responsabilidade penal individual.

A primeira defesa processual que exclui a responsabilidade penal individual decorre da interpretação, *a contrario sensu*, do art. 28 do Estatuto, que regula a responsabilidade de mando. Isso porque, embora se estabeleça, nesse preceito, o aspecto objetivo da conduta do chefe militar ou outro superior hierárquico (*actus reus*), são veiculadas algumas hipóteses de exclusão da responsabilidade penal individual fundamentadas no desconhecimento (erro) ou na inexistência de conduta diversa<sup>15</sup>.

No art. 31, existe a previsão de algumas causas de exclusão que ora se qualificam como exclusões da culpabilidade, ora como causas de justificação excludentes da antijuridicidade da conduta, como na alínea c, que disciplina a legítima defesa. No mais, prescreve-se, na alínea a, a exclusão da responsabilidade penal individual, no tocante à culpabi-

lidade, tendo em vista a constatação de incapacidade mental (*insanity*). Na alínea *b*, a exclusão se dá em virtude de intoxicação (*intoxication*), ressalvada a *actio libera in causa* (AMBOS, 2000). Por fim, na alínea *d*, determina-se a exclusão em virtude de coação (*duress*), desde que o agente atue de forma razoável e necessária, sem a intenção de causar dano maior<sup>17</sup>.

Ressalte-se ainda que o art. 31, até pelo fundamento do direito penal da *common law* de assegurar a liberdade do indivíduo por meio do processo (*due process*), estabelece que as causas de exclusão da responsabilidade penal não são *numerus clausus*, desde que observadas as regras relativas ao direito aplicável, conforme previsto no art. 21.

Dispõe-se mais adiante, no art. 33, sobre a responsabilidade penal dos subordinados, a outra face da moeda da responsabilidade de mando. No Estatuto de Roma, a regra é a da responsabilidade penal do subordinado, salvo se caracterizada no fato uma das hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa previstas nas alíneas *a* a *c*. A propósito, uma das excludentes previstas, semelhante a prescrição do Código Penal brasileiro, é a ordem não manifestamente ilegal, com o detalhe de que, no item 2 do art. 33 do Estatuto, firma-se a presunção de que qualquer decisão de cometer genocídio é manifestamente ilegal<sup>18</sup>.

Por fim, no art. 32, o Estatuto regula a exclusão da culpabilidade em função do erro de fato (*mistake of fact*) e do erro de direito (*mistake of law*). Em ambos os casos, a exclusão somente será viável se eliminar o *mental element* na conduta praticada pelo agente ou nas hipóteses do art. 33. Percebe-se que a causa de exclusão no Estatuto é mais genérica do que na elaboração da teoria finalista, porque não enfrenta a distinção entre dolo e culpabilidade, que justificou a modificação conceitual e terminológica do erro, que hoje se divide em erro de tipo e erro de proibição<sup>19</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

Considerando as premissas estabelecidas no trabalho, é possível afirmar que, embora construído sob a influência do direito penal da *common law*, que não contempla a culpabilidade como um dos elementos do crime, o direito internacional penal não está dela alijado. Pelo contrário, desde o Tribunal de Nuremberg a culpabilidade foi suscitada como elemento justificador da responsabilidade penal individual no âmbito internacional.

Assim, na dogmática do direito internacional penal, a culpabilidade está presente sob outra denominação (ROXIN, 2008), implícito no elemento subjetivo do crime (*mens rea*), que engloba também o dolo (elemento subjetivo da tipicidade no direito penal da *civil law*) e a antijuridicidade da conduta. Não é diferente no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em cujo texto se acha a substância da culpabilidade no art. 30, que prescreve a *mens rea*, ou seja, o aspecto subjetivo do crime.

Por outro lado, à semelhança do que também ocorre no direito penal da *common law*, as excludentes de culpabilidade são estruturadas sob a forma de *defenses*, essencialmente atreladas à dinâmica do processo penal. No Estatuto de Roma, algumas dessas excludentes são positivadas (arts. 28, 31, 32 e 33). Todavia, haja vista a configuração do instituto no direito penal da *common law*, influenciada pelos fatores que lhe deram

origem, essas excludentes não são *numerus clausus*, observadas as regras quanto ao direito aplicável no julgamento perante o Tribunal (art. 21).

## NOTAS

- [...] un presupuesto necesario del pensamiento internacional.
- Tradução livre: [...] hay formas de criminalidad internacional a las que deben corresponder formas de represión internacional.
- Nesse sentido, um exemplo interessante de normatização de direito penal internacional é o Código Penal Internacional alemão de 2002, pelo qual a República Federal da Alemanha, entre outros objetivos, adaptou o seu sistema jurídico interno para viabilizar o cumprimento do Estatuto de Roma, pelo qual foi criado o Tribunal Penal Internacional, assegurando a observância, nos limites de competência daquele Estado, do direito penal humanitário (GEIGER, 2004). Por outro lado, há exemplos de normas de direito penal internacional que ensejam problemas na ordem internacional. No direito espanhol, por exemplo, reconhece-se o princípio de jurisdição universal, especificamente no art. 23.4 da Lei Orgânica do Poder Judicial, tendo sido aplicado em alguns casos concretos, entre os quais o mais emblemático consiste, sem dúvida, no pedido feito ao Reino Unido para extradição do ex-ditador chileno Augusto Pinochet, hoje falecido, acusado pela prática de crimes contra cidadãos espanhóis durante o período em que esteve no poder. O pedido do magistrado Baltazar Garzón, após aprovação pelas instâncias jurisdicionais (*High Court* e *House of Lords*), foi enfim negado pelo ministro do Interior britânico, no exercício da discricionariedade própria do instituto. Em alguns casos, são as interpretações sobre a abrangência da jurisdição nacional sobre o direito penal internacional que causam alguns problemas, inclusive de ordem diplomática. O caso Eichmann, julgado pela Corte Distrital de Jerusalém, é um exemplo dessa afirmação. Otto Adolf Eichmann, expoente nazista, estava desaparecido desde após a Segunda Guerra Mundial, até que foi encontrado e capturado pelo *Mossad* em Buenos Aires. Levado a Israel, foi julgado por tribunal interno em 1962, sob a justificação de um suposto "direito de punir de Israel" pelas atrocidades praticadas contra judeus no Holocausto.
- A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.
- Ainda no início do século XIX, Lassa Oppenheim finda por delimitar o objeto do direito internacional em dois elementos essenciais: a "body of customary and conventional rules" ou "corpo de regras costumeiras e convencionais" (1944, p. 4). Mais adiante, ao tratar especificamente das fontes, o autor oferece um terceiro elemento como parâmetro de diferenciação dos dois anteriores: o consentimento. Assim, para ele as fontes do direito internacional são portanto nomeadamente duas: (1) consentimento expresso, que é dado quando Estados concluem um tratado estipulando certas regras para a futura conduta internacional das partes; (2) consentimento tácito, ou seja, consentimento implicado ou consentimento por conduta, que é dado através da adoção pelos Estados de costumes submetidos a certas regras de conduta internacionais. [...] Tratados são uma segunda fonte de direito internacional, e uma fonte que ultimamente tem ganho grande importância (The sources of international law are therefore twofold - namely: (1) express consent, which is given when states conclude a treaty stipulating certain rules for the future international conduct of the parties; (2) tacit consent, that is, implied consent or consent by conduct, which is given through states having adopted the custom of submitting to certain rules of international conduct. [...] Treaties are the second source of international law, and a source which has of late become of the greatest importance) (OPPENHEIM, 1944, p. 24-26).
- Os princípios compilados a partir dos estudos da Comissão de Direito Internacional, apresentados em 1950, são os seguintes:  
Princípio I: Qualquer pessoa que cometa atos que constituam um crime sob as leis internacionais será responsável e sujeito de punição (culpabilidade pessoal).  
Princípio II: O fato de as leis internas não imporem punição por um ato que constitua um crime de direito internacional não exime a pessoa que o cometeu de sua responsabilidade sob as leis internacionais (*jus cogens*).  
Princípio III: O fato de uma pessoa cometer um ato que constitua crime

sob as leis internacionais seja chefe de Estado ou oficial responsável do Governo não o exime da responsabilidade sob as leis internacionais (imunidade soberana).

Princípio IV: O fato de uma pessoa atuar sob as ordens de seu Governo ou de um superior não o exime da responsabilidade sob as leis internacionais (não obediência devida).

Princípio V: Qualquer pessoa acusada de um crime sob as leis internacionais tem direito a um julgamento justo perante a lei (devido processo).

Princípio VI: Os crimes abaixo enumerados são punidos como crimes internacionais:

(a) Guerra de agressão:

(I) O planejamento, preparação, iniciação ou começo de uma guerra de agressão, ou de uma guerra que viole os tratados internacionais, acordos ou compromissos;

(II) A participação num plano comum ou conspiração para cumprimento de qualquer dos atos mencionados em (I);

(b) Crimes de guerra:

As violações de leis ou costumes de guerra que compreendam, porém sem que estejam limitadas a, assassinato, tratamento desumano ou deportação como escravos ou para qualquer outro propósito da população civil de um território ocupado, assassinato ou tratamento desumano a prisioneiros de guerra, a pessoas sobre o mar, assassinato de reféns, pilhagens de propriedades públicas ou privadas, destruição injustificada de cidades, povoados ou vilarejos, ou a devastação não justificada pela necessidade militar.

(c) Crimes contra a humanidade:

Assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou qualquer outro ato desumano contra a população civil, ou perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando tais atos ou perseguições quando tais atos são praticados em seguida a crimes contra a paz ou crimes de guerra, ou em conexão com algum destes.

(justiça universal)

Princípio VII: A cumplicidade no cometimento de um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade tal como foram expostos no Princípio VI é um crime internacional (equiparação das formas imperfeitas com as formas perfeitas de comissão).

- 7 A Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (*Food and Agriculture Organization*) constitui o órgão da ONU que lidera os esforços internacionais de combate e erradicação da fome. Com sede na Itália, foi palco da Conferência de Roma, na qual se aprovou a criação do Tribunal Penal Internacional.
- 8 De acordo com o art. 1º do Estatuto de Roma, o Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais.
- 9 O direito inglês é o aplicado na Inglaterra e no País de Gales. A referência exclusiva à Inglaterra tem fundamento unicamente epistemológico, a fim de isolar o objeto da análise. René David faz a diferenciação entre esse direito inglês da Inglaterra e do País de Gales e outros sistemas jurídicos, afirmando que aquele "não é o direito dos países de língua inglesa ou de *Commonwealth* nem o do Reino Unido ou o da Grã-Bretanha. Os direitos de *Commonwealth* às vezes são muito próximos do direito inglês, mas, em outros casos, podem ser bastante diferentes. O direito da Irlanda do Norte e o da Ilha de Man são bastante próximos do direito inglês, mas o

da Escócia é muito diverso, como também o é o das ilhas anglo-normandas" (2000, p. VII).

- 10 Essa unidade política não abrangue a Escócia que, por isso, não teve seu sistema jurídico formado a partir da linha evolutiva de formação da *common law*. Como consequência, até hoje o direito escocês tem como base a família da *civil law*.
  - 11 A esse respeito, Mario Losano escreve que, *enquanto na Alemanha a divisão em pequenos Estados tornava indispensável aceitar o direito romano como mínimo denominador comum jurídico, a Grã-Bretanha já possuía o seu direito comum* (2007).
  - 12 Essa sistemática decorre da conjugação dos dois princípios básicos do direito constitucional inglês: a *stare decisis* (vinculação do precedente judicial) e a *parliamentary supremacy* (supremacia do Parlamento), que envolve não apenas a prerrogativa de modificar o direito mas também que ninguém mais deve ter essa prerrogativa (*Legislative supremacy involves not only the right to change the law but also that no one else should have that right*) (BRALEY; WADE, 1995, p. 65). A proeminência desse último princípio é tamanha que se firmou no ideário jurídico inglês o brocardo pelo qual "*Parliament can do everything but make a woman a man or a man a woman*" ("O Parlamento pode tudo, exceto transformar mulher em homem e homem em mulher"). Tendo em vista que o Parlamento é expressão da democracia inglesa, constituindo sua criação mais um exemplo de abdicação de prerrogativas reais pela Coroa, não pode ser visto como democrático que uma corte goze da prerrogativa de deixar de aplicar uma norma dele emanada para fazer incidir uma regra da *common law*, de produção eminentemente judicial (LE SUEUR, 1991).
- Não há na Inglaterra uma carta constitucional como nos demais países da Europa continental. O direito constitucional é de caráter flexível e a constituição material pode ser atribuída a um aglomerado de *statutes* que foram sendo instituídos ao longo da história, sempre sob a lógica da complementaridade. Esses documentos normativos que formam a constituição material britânica são, entre outros, a *Magna Charta* (1215), a *Petition of Rights* (1628), a *Bill of Rights* (1689), o *Establishment Act* (1701), o *Westminster Statute* (1931).
- Para García Pelayo, a constituição britânica é, ademais, a mais acabada expressão positiva do conceito de constituição histórica, pois, como vimos, na parte histórica, é um desenvolvimento de decisões parciais que se estendem desde a Carta Magna até nossos dias, e de usos e costumes formados lentamente e sem data de nascimento precisa (*La constitución británica es, además, la más acabada expresión positiva del concepto histórico de constitución, pues, como hemos visto en la parte histórica, es un desarrollo de decisiones parciales que se extienden desde la Carta Magna hasta nuestros días, y de usos y costumbres formados lentamente y sin fecha de nacimiento precisa*) (PELAYO, 1993, p. 277).
- 13 A expressão se traduz como "acima de qualquer dúvida razoável pela promotoria".
  - 14 A expressão se traduz como "efetiva maldade da parte".
  - 15 Tradução livre: "consistente em uma relação psicológica entre vontade y resultado".
  - 16 Art. 28: Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos Além de outras fontes de responsabilidade cri-

minal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

- a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como tal, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:
    - I) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e
    - II) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.
  - b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:
    - I) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;
    - II) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e
    - III) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.
- 17 Art. 31: Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal
- Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta:
- a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei;
  - b) Estiver em estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder;
  - c) Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não

será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea;

- d) Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar. Essa ameaça tanto poderá:
- I) Ter sido feita por outras pessoas; ou
  - II) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.
2. O Tribunal determinará se os fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto serão aplicáveis no caso em apreço.
3. No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal; distintos dos referidos no § 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o art. 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual.

18 Art. 33:

Decisão Hierárquica e Disposições Legais

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que:

- a) Estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão;
- b) Não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e
- c) A decisão não fosse manifestamente ilegal.

2. Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.

19 Art. 32:

Erro de Fato ou Erro de Direito

1. O erro de fato só excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime.

2. O erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal. No entanto, o erro de direito poderá ser considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime ou se decorrer do art. 33 do presente Estatuto.

## REFERÊNCIAS

- AMBOS, Kai. Responsabilidad penal individual en el derecho penal supranacional. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Costa Rica, n. 21, 2003.
- \_\_\_\_\_. Sobre el efecto eximente del 'actuar bajo órdenes' desde el punto de vista del derecho penal alemán y internacional. Criminalia, Cidade do México, n. 2, 2002.
- ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Losada, 1950.
- BASSIQUINI, M. Cherif. Projet de Code Penal International. Revue Internationale de Droit Pénal, Pau, 1981. Disponível em: < <http://www.penal.org/pdf/livrintro-1.pdf>>. Acesso em: 2 ago 20BECK, Ulrich. O que é globalização? São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRADLEY, A. W.; WADE, E.C.S. Constitutional and administrative law. 11. ed. Londres: Longman, 1994.
- BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. Ciências Penais, São Paulo, n. 1, 2004.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRITO, Alexis Augusto Couto de. Direito penal internacional: direitos humanos: tratados internacionais e o princípio da legalidade. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, n. 27, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.
- CANTARELLI, Margarida. A validade espacial da lei penal, o direito penal internacional e o direito internacional penal. Revista OAB Pernambuco, Recife, n. 19-20, 1976.
- \_\_\_\_\_. La cosa juzgada (ne bis in idem) y la defensa del acusado en la Corte Penal Internacional. Revista Esmafe, Recife, v. 4, dez. 2002.
- \_\_\_\_\_. O Tribunal penal internacional. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, n. 47, jan./mar. 2002.
- CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: L. C. Bresser Pereira, Jorge Wilhem, Lourdes Sola (Orgs.). Sociedade e Estado em transformação. Brasília: ENAP, 1999.
- CONDE, Francisco Muñoz. Uma nova imagem da história contemporânea do direito penal alemão. Tradução de Paulo César Busato. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 25, 2007.
- CHILSTEIN, David. Droit pénal international et lois de police. Paris: Dalloz, 2003.
- CHOUKR, Fauzi Hassan (Org.). Tribunal penal internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COOPERACIÓN y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional: contribuciones de América Latina, Alemania, España e Itália. Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (Ed.). Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer – Stiftung: Instituto de Ciências Criminales, [2007].
- DAVID, René. O direito inglês. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. Os grandes sistemas jurídicos do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DELGADO, José Manuel Avelino de Pina Delgado et al. O princípio da responsabilidade penal individual nos Estatutos do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e do Tribunal Penal Internacional. Direito e Cidadania, Cidade da Praia, n. 12-13, 2001.
- DERBY, Augustin et al. Cases on criminal law and procedure. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1950.
- DINH, Nguyen Quoc et al. Direito Internacional público: formação do direito, sujeitos relações diplomáticas e consulares, responsabilidade, resolução de conflitos, manutenção da paz, espaços internacionais relações econômicas, ambiente. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- DONAT-CATTIN, David. Corte Penale Internazionale e Stati Uniti d'America: problemi e prospettive. Revista Brasileira de Ciências Criminales, São Paulo, n. 53, 2005.
- DRESSLER, Joshua. Understanding criminal procedure. 3 ed. Nova Iorque: Lexis, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GEIGER, Hansjörg. O Tribunal penal internacional e os aspectos do novo código penal internacional alemão. In: SILVA, Pablo Rodrigo Alfien (Org.). Tribunal penal internacional: aspectos fundamentais e o novo código penal internacional alemão. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.
- GIL, Alicia Gil. Derecho penal internacional. Madri: Tecnos, 1999.
- GUAIARDO, Elia Patricia Neri. Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad individual penal en el Estatuto de Roma. Revista Brasileira de Ciências Criminales, São Paulo, n. 48, 2004.
- HELLER, Hermann. La soberanía, contribución a la teoría del derecho estatal. Traducción y estudio preliminar de Mario de La Cueva. Cidade do México: Universidad Nacional, 1965.
- HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. The common law. Nova Iorque: Barnes and Nobles, 2004.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). Direito penal internacional estrangeiro e comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_. O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1995.
- KRE, Claus. O tribunal penal internacional e os USA: considerações sobre a Resolução 1.422 do Conselho de Segurança. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 13, n. 52, 2005.
- KULINA, Sérgio Luiz. Apontamentos sobre o Tribunal Penal Internacional Permanentemente. Direito Público, Porto Alegre, n. 4, 2004.
- LARGUIER, Jean. Droit pénal général. 19. ed. Paris: Dalloz, 2003.
- LE SUEUR, A. P. The judges and the intention of parliament: is judicial review undemocratic? Parliamentary affairs, Londres, v. 44, n. 3, 1991.
- LEE, Debra S. et al. American legal english: using language in legal contexts. Ann Harbor: The University of Michigan Press, 1999.
- LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUNA, Everardo Cunha. A culpabilidade. Ciência Penal. São Paulo: Convívio, n. 4, 1976.
- MAIA, Marrielle. Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MARTIN, Jacqueline. The english legal system. Londres: Hodder & Stoughton, 2003.
- MAURACH, Reinhart. A teoria da culpabilidade no direito penal alemão. In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 15, maio/dez. 1966.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito internacional. Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem internacional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- MIRANDA, Jorge. Sobre a responsabilidade internacional. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, v. 20, p. 305-317, jul./dez. 2002.
- MUÑOZ, Alfonso Galán. La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el

Estatuto de Roma. Revista Penal, Madri, n. 16, 2005.

NADER, Paulo. Filosofia do direito. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NOUR, Soraya. À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OPPENHEIM, Lassa. International Law: a treatise. Londres: Longmans Green and Co, 1944. v. 1.

OS PRINCÍPIOS gerais de direito penal no Estatuto de Roma. In: Tribunal penal internacional. Fauzi Hassan Choukr, Kai Ambos (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

QUINN, Frances; ELLIOT, Catherine. English legal system. Harlow: Pearson Longman, 2002.

PELAYO, García. Derecho constitucional comparado. Madri: Alianza, 1993.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RINAUDO, Carmelo. La Corte Penale Internazionale. Rivista de Diritto Processuale, Pádua, n. 1, 2004.

ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWARTZ Bernard. Direito constitucional americano. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. O Tribunal Penal Internacional: antecedentes históricos e o novo Código Penal Internacional alemão. In: SILVA, Pablo Rodrigo Alflen (Org.). Tribunal Penal Internacional: Aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.

\_\_\_\_\_. Panorama da concepção atual de culpabilidade. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 1. n. 0, maio/ago. 2000.

\_\_\_\_\_. (org.). Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004.

SMITH, Stanley de; BRAZIER, Rodney. Constitutional and administrative law. 7. ed. Portland: Penguin Books, 1994.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law: Introdução ao direito dos Estados Unidos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 56, 2005.

STEFANI, Gaston et al. Procédure pénal. 19. ed. Paris: Dalloz, 2004.

TEMPLEMAN, Lord et al. English legal system. Londres: Old Bailey Press, 1998.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões. Metamorfoses nos conceitos de direito e de soberania: o princípio da complementaridade: o Tribunal Penal Internacional e a Constituição. Revista ESMAFE, Recife, n. 8, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VON LISZT, Franz. Tratado de direito penal alemão. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. v. 1.

WATSON, Adam. A evolução da sociedade internacional. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. En torno de la cuestión penal. Buenos Aires: BdeF, 2005.

Artigo recebido em 13/7/2010.

Artigo aprovado em 10/9/2010.

---

**Marco Bruno Miranda Clementino** é juiz federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.