



**Michel Wencland Reiss**

**O Tribunal Penal Internacional no Contexto  
da Mundialização do Direito**

**Análise do Estatuto de Roma com base no Direito  
Penal de inspiração anglo-saxã, no Direito Penal de  
inspiração romano-germânica e no Direito Penal  
brasileiro**

**Tese de Doutorado**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação  
em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para  
obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. João Ricardo Wanderley Dornelles

Rio de Janeiro  
Março de 2017



**Michel Wencland Reiss**

## **O Tribunal Penal Internacional no Contexto da Mundialização do Direito**

**Análise do Estatuto de Roma com base no Direito Penal de inspiração anglo-saxã, no Direito Penal de inspiração romano-germânica e no Direito Penal brasileiro**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Prof. João Ricardo Dornelles**

Orientador  
Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. José Maria Gómez**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof<sup>a</sup>. Victória-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Prof. Ilié Antonio Pele**

Departamento de Direito – PUC-Rio

**Prof. Jean-François Yves Deluchey**

UFPA

**Prof<sup>a</sup>. Monica Herz**

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de  
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 29 de março de 2017.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

## **Michel Wencland Reiss**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002). Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Ex-Conselheiro do Conselho Penitenciário de Minas Gerais. Ex-Presidente da Comissão de Exame de Ordem da OAB/MG. Professor. Advogado.

### **Ficha Catalográfica**

Reiss, Michel Wencland

O Tribunal Penal Internacional no Contexto da Mundialização do Direito: análise do Estatuto de Roma com base no direito penal de inspiração anglo-saxã, no direito penal de inspiração romano-germânica e no direito penal brasileiro / Michel Wencland Reiss; orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2017.

228f; 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito

Inclui referências bibliográficas.

1. Direitos Humanos. 2. Direito Internacional Penal. 3. Tribunal Penal Internacional. I. Dornelles, João Ricardo Wanderley. II Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD:340

À Stael e ao David, que são a única razão no mundo que faz com que minha vida tenha sentido. O meu amor por vocês é indescritível, inimaginável.

Ao meu irmão, Carlos Reiss, pai do querido Natanzinho. Todos os dias ele ensina a mim e a incontáveis alunos a necessidade de se combater todos os ódios e discriminações. Como se não bastasse, ele ainda salvou minha vida, doando-me uma parte dele. Hoje eu não o levo apenas no coração, como aliás faço desde o dia que ele nasceu. Agora eu o tenho também fisicamente em mim.

Este trabalho é uma singela homenagem ao meu saudoso pai, Natan Reiss, Z'’L, de abençoada memória. “Quando pequeno, achava que meu pai era um super-herói. Hoje eu tenho certeza”. Autor desconhecido.

## Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço a minha mãe Lacerda e a minha irmã Débora. Estiveram sempre do meu lado. Abraçaram-me. Apoiaram-me incondicionalmente. Ofereceram suporte inquebrantável. Estimularam-me em todos os aspectos. Absorveram meus problemas e os solucionaram. Agradecê-las é pouco por tudo que fizeram.

E também à família que escolhi: Libânia, Juninho, Dênio e Laís.

Ao meu caríssimo orientador, Professor João Ricardo W. Dornelles. Não tenho como agradecer a confiança e tudo que me ensinou nesta caminhada. Já conhecia alguns de seus trabalhos há alguns anos. Mas sua convivência nas aulas e na orientação aumentou ainda mais minha admiração, e foi um verdadeiro privilégio conviver com ele nos últimos anos – e espero sinceramente que essa convivência ainda dure por longo tempo. Obviamente todas as falhas deste trabalho são de minha absoluta responsabilidade.

À Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, Professora Gisele Cittadino, por quem tenho um carinho mais do que especial. Foi um belíssimo cartão de boas vindas iniciar o curso com as aulas da Professora Gisele. E, como se não bastasse, ela me abraçou de uma forma mais do que especial, compreendendo minhas dificuldades e sempre me estimulando a prosseguir na caminhada. Muito obrigado, Professora Gisele.

Ao Professor José Maria Gómez. Suas aulas e suas observações em meu exame de qualificação foram imprescindíveis na elaboração deste trabalho. E o mais importante: suas esperançosas palavras de cunho pessoal, já após o término da qualificação, realmente me marcaram. Não tenho como agradecê-lo.

Aos Professores Pedro Cunca e Victória de Sulocki, pelas pertinentes críticas feitas no exame de qualificação, contribuindo sobremaneira para o aprimoramento do estudo.

Aos Professores do curso de Pós-Graduação da PUC-Rio, que mudaram minha forma de pensar e contribuíram de forma imensurável na minha formação: Francisco de Guimaraens, Thula Pires, Bethânia Assy, Fabio Carvalho Leite, Antonio Pele, Márcia Nina, Maurício Rocha, Noel Struchiner, Danielle de Andrade Moreira e Adrian Sgarbi.

E à Carmen e ao Anderson, pela disponibilidade plena e disposição de nos auxiliar e nos estimular.

Não posso esquecer dos meus professores de Ciências Penais da Faculdade de Direito da UFMG. Ao Professor Emérito Jair Leonardo Lopes, meu primeiro professor de Direito Penal, que nos deixou fisicamente em maio último. Sua importância na minha formação acadêmica é indescritível. À minha sempre orientadora e incentivadora Professora Sheila Jorge Selim de Sales, pelo suporte e paciência com este seu sempre aluno. Ao Professor Hermes Guerrero, grande amigo, também um dos grandes responsáveis por me estimular a sempre continuar os estudos. Ao Professor Carlos Canêdo, caríssimo amigo e verdadeiro precursor no Brasil em examinar as ligações entre o Direito Penal, o Direito Internacional e ainda a Criminologia. Ao Professor Marcelo Leonardo, minha grande referência no Processo Penal e na advocacia criminal.

Aos meus irmãos do Mendonça Reiss e Lopes Advogados. Os Professores Tarcísio e Maurício, e ainda o Dr. José Henrique, que abraçaram o escritório para que eu pudesse resolver minhas questões pessoais e, num segundo momento, dedicar-me à pesquisa. Meus sinceros agradecimentos não decorrem de questões profissionais, mas sim de uma indescritível admiração pessoal.

Ao Professor André Myssior, não apenas pela ajuda com a língua inglesa, mas essencialmente pela amizade.

Aos colegas de curso, pela convivência e troca de ideias nos últimos anos.

Um agradecimento especial à Escola Superior Dom Helder Câmara, que faço na pessoa de seu Magnífico Reitor, Professor Doutor Paulo Umberto Stumpf SJ. Jamais esquecerei todo o suporte e as oportunidades que me foram oferecidos por aquela Instituição. Lá aportei no já longínquo ano de 2004, e não tenho como descrever a felicidade em ver o crescimento que nossa Dom Helder alcançou na última década.

E jamais poderia esquecer de toda a equipe do Núcleo, especialmente aos Drs. Wellington Moraes de Azevedo, Andrea Wandalsen e Anderson Martins, por todo o cuidado, atenção e carinho que tiveram comigo.

## Resumo

Reiss, Michel Wencland Reiss; Dornelles, João Ricardo Wanderley. **O Tribunal Penal Internacional no Contexto da Mundialização do Direito: análise do Estatuto de Roma com base no direito penal de inspiração anglo-saxã, no direito penal de inspiração romano-germânica e no direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro, 2017. 228p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O trabalho consiste na análise do processo de internacionalização dos Direitos Humanos com base no Direito Internacional Penal. Partindo de abordagens interdisciplinares na criação do Tribunal Penal Internacional, é feita uma leitura jurídico-penal do Estatuto de Roma a partir da aproximação dos conceitos oriundos do *Common Law* e do *Civil Law* em busca de um maior aprimoramento na construção de uma Parte Geral do Direito Internacional Penal. Assim, pretende-se contribuir para uma maior preocupação no tocante à responsabilização penal no plano internacional, sempre com o foco voltado para o incremento da proteção internacional dos Direitos Humanos.

## Palavras chave

Direitos Humanos; Direito Internacional Penal; Tribunal Penal Internacional.



## Abstract

Reiss, Michel Wencland Reiss; Dornelles, João Ricardo Wanderley(Advisor). **The International Criminal Court In The Context Of Globalization Of Law: Analyses of the Rome Statute based on Anglo-Saxon inspiration Criminal Law, Roman-Germanic Criminal Law and Brazilian Criminal Law.** Rio de Janeiro, 2017. 228p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The work analyses the process of internationalization of the Human Rights based upon International criminal law. Beginning with an interdisciplinary approach on the creation of the International Criminal Court, the Roman Statute is analyzed through a criminal law reading, that acknowledges an approach between Common Law and Civil Law traditional concepts. Therefore, the work seeks to contribute to an improvement on criminal law enforcement on the international level, always focusing on assuring the international protection of the Human Rights.

## Keywords

Human Rights; International Criminal Law; International Criminal Court.

# Sumário

1 Introdução	12
2 O Implemento da Justiça Penal Internacional no Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos	18
2.1 A globalização e o processo de mundialização do Direito: universalismo e relativismo de valores	18
2.1.1 Da formação do Estado. Nação e Identidade Nacional	18
2.1.2 A Globalização	20
2.1.3 Ordenamento jurídico na era da globalização. A mundialização do Direito	24
2.1.4 A importância da mundialização do Direito na tutela dos Direitos Humanos e os limites da globalização: entre universalismo e relativismo de valores.	27
2.2 Antecedentes históricos do Tribunal Penal Internacional	31
2.3 Da relação entre Direito Penal e ausência de soberania: legitimação baseada na proteção dos Direitos Humanos	41
2.4 O viés político na criação e na efetivação do Tribunal Penal Internacional	45
2.5 A importância do Tribunal Penal Internacional na busca da superação do Estado de Exceção Permanente	52
2.6 O viés político dos Direitos Humanos	64
3 O Conceito Analítico de Crime. Considerações da Definição no <i>Civil Law</i> e no <i>Common Law</i>	72
3.1 Considerações iniciais – Da importância do conceito analítico de crime	72
3.2 O Conceito de Crime no Direito Penal Romano-Germânico	78
3.2.1 Tipicidade	78
3.2.1.1 Tipicidade formal objetiva	80
3.2.1.2 Tipicidade formal subjetiva	82
3.2.1.3 Tipicidade material	84
3.2.2 Ilícitude	85
3.2.2.1 Características gerais	85
3.2.2.2 Causas de exclusão	86
3.2.3 Culpabilidade	93
3.2.3.1 Evolução e conceito	94
3.2.3.2 Elementos	97
3.3 O Conceito de Crime no Direito Penal Anglo-Saxão	101
3.3.1 <i>Actus Reus</i>	103
3.3.2 <i>Mens Rea</i>	105
3.3.3 Defences	107
4 O Direito Internacional Penal	110
4.1 Denominação	110
4.2 A proteção aos Direitos Humanos como critério de interpretação	112
4.3 A influência do <i>Common Law</i> na criação do Estatuto de Roma e no Direito Internacional Penal	116
4.4 A definição de crime no Direito Internacional Penal	119
4.5 Bem jurídico, Direito Internacional Penal e Estatuto de Roma	127

5 O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	138
5.1 Do princípio da legalidade	139
5.1.1 Do crime de agressão e a lacuna na redação primária do Estatuto	144
5.1.2 A fixação da pena e a abertura dada pelo Estatuto	148
5.2 Elementos Constitutivos do Crime	151
5.3 O elemento subjetivo dos crimes segundo o Estatuto – Dolo ou <i>Mens Rea</i> ?	157
5.4 Causas de exclusão da responsabilidade criminal: afastamento da ilicitude, da culpabilidade ou simplesmente <i>defences</i> ?	168
5.5 O tratamento dado ao erro no Estatuto	174
6 Conclusão	183
7 Referências bibliográficas	191
Anexo	205

# 1

## Introdução

O trabalho a ser desenvolvido trata do Tribunal Penal Internacional no processo de internacionalização dos Direitos Humanos, considerando especialmente as normas do Estatuto de Roma e a relação entre o Direito Penal de inspiração anglo-saxã e ainda a romano-germânica.

A mundialização do direito<sup>1</sup>, a necessidade de intervenção penal no plano internacional visando tutelar as lesões mais graves aos Direitos Humanos e ainda o caráter ainda incipiente do Direito Internacional Penal são questões que merecem ser exploradas.

O estudo do Estatuto de Roma sob o enfoque penal se torna ainda mais relevante na medida em que se percebe que as análises até hoje existentes são feitas especialmente por especialistas em Direito Internacional Público, inclusive na bibliografia estrangeira.<sup>2</sup> Sendo assim, os temas acabam sendo abordados de modo genérico ou então procede-se a uma análise basicamente literal das normas do Estatuto. Nessa perspectiva, praticamente não há preocupação em se aprimorar a sistematização do Direito Internacional Penal.<sup>3</sup>

Além disso, há uma nítida demanda por maior intervenção penal no âmbito internacional nas situações em que, por determinados motivos, o Direito Penal interno não é adequadamente aplicado, e a proteção aos Direitos Humanos fica em segundo plano. Por outro lado, só é possível utilizar o instrumento penal caso haja um desenvolvimento condizente da dogmática do Direito Internacional Penal.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> O termo “mundialização” é utilizado principalmente na França. Cf. item 2.1.3 e ainda Delmas-Marty (2003).

<sup>2</sup> O principal exemplo é Antonio Cassese. O italiano, apesar de ter presidido o Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, é um reconhecido Professor de Direito Internacional Público, e não de Direito Penal. Apesar disso, produziu o que é provavelmente a melhor obra sobre o Estatuto de Roma sob o enfoque penal. (2005b).

<sup>3</sup> Uma das raras exceções está na obra de Kai Ambos, tido como especialista em Direito Internacional Penal, especialmente no trabalho intitulado A Parte Geral do Direito Penal Internacional. (2008). Ainda assim se trata de um estudo que merece críticas em alguns aspectos.

<sup>4</sup> Kathryn Sikkink, em sua obra intitulada *The Justice Cascade – A Cascata da Justiça*, numa tradução livre –, assim registra: *By justice cascade, I do not mean that perfect justice has been done or will be done, or that most perpetrators of human rights violations will be held criminally accountable. Rather, justice cascade means that there has been a shift in the legitimacy of the*

É nesse contexto que a criação do Tribunal Penal Internacional torna-se um grande marco, não apenas para o Direito Internacional Público e para os Direitos Humanos, mas também para o Direito Internacional Penal.<sup>5</sup>

Entretanto, mesmo após o Tribunal de Nuremberg, Cortes Criminais *ad hoc* criadas no decorrer do séc. XX<sup>6</sup> e o próprio Tribunal Penal Internacional, ainda hoje o Direito Internacional Penal continua sendo questionado. Mantovani inclusive discute se tal ramo do Direito seria, atualmente, uma realidade ou apenas um ideal, um direito já nascido e operante ou uma simples especulação doutrinária. (2009, p. 935). Já Jonathan Charney afirma que, com relação ao desenvolvimento do Direito Internacional Penal, ele seria um otimista cauteloso (1999, p. 452).

Assim, o estudo do Estatuto de Roma, conjugando os conceitos oriundos do *Common Law* e do *Civil Law* em busca de maior aprimoramento na construção de uma Parte Geral do Direito Internacional Penal passou a ser o objeto central desta tese.<sup>7</sup> Ao mesmo tempo, é necessário discutir a justiça penal internacional no processo de internacionalização dos Direitos Humanos, ressaltando seu viés político e ainda a busca pela superação de um estado de exceção permanente.

O principal problema a ser enfrentado está no caráter ainda embrionário do Direito Internacional Penal bem como na imensurável influência que este recebe do Direito Internacional Público – apesar das características muitas vezes antagônicas de tais disciplinas.<sup>8</sup> Além disso, o Direito Penal ainda é pensado de

---

*norm of individual criminal accountability for human rights violations and an increase in criminal prosecutions on behalf of that norm. The term captures how the idea started as a small stream, but later caught on suddenly, sweeping along many actors in its wake* (2011).

<sup>5</sup> “No dia 17 de julho de 1998, mais de 50 anos, 250 conflitos, e quase 150 milhões de vítimas depois de Nuremberg, o milagre aconteceu em Roma. Representantes de 162 países, numa Conferência Diplomática das Nações Unidas, depois de cinco semanas de deliberações, estabeleceram o Tribunal Criminal Internacional Permanente. [...] Ao dirigirem-se à plenária final da Conferência, várias delegações afirmaram que, apesar de estar longe da perfeição, o Estatuto era um passo gigantesco na História da Humanidade”. (ARAGÃO, 2000, p. 63-65). Cf. Capítulo 2.

<sup>6</sup> De Stefani e Sperotto afirmam que é antiga *l’aspirazione ad una giustizia e a un diritto universali, a cui deve qualche modo collegarsi la sanzione delle condotte che offendono valori universalmente condivisi* (2011, p. 159). Apenas se registre que os autores esclarecem que a existência de valores universalmente aceitos não são um dado pacífico. Cf. item 2.1.4.

<sup>7</sup> O estudo abordará as questões penais, e não processuais – ainda que, muitas vezes, essa fronteira não esteja suficientemente nítida. (FLETCHER, 1998).

<sup>8</sup> Segundo Carlos Canêdo, “a abordagem temática do Direito Internacional Penal precisar estar sempre acompanhada da percepção de que se transita em terreno minado, pois nunca faltará quem atribua tal estudo a uma mera especulação teórica desprovida de qualquer contato com a realidade e que, ao final, não teria outra consequência senão desfigurar ambas as disciplinas [o Direito Penal e o Direito Internacional]”. (1999, p. 49).

forma essencialmente “nacional”<sup>9</sup>, o que dificulta o estabelecimento de uma relação entre as normas oriundas da tradição anglo-saxã e aquelas de origem romano-germânica – e, conseqüentemente, a construção de uma Parte Geral.<sup>10</sup> Por outro lado, desde 1998 já há uma fonte primária, de imensurável importância, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional<sup>11</sup>, que serve de base para o estudo. Ademais, não se pode olvidar do papel do Direito Internacional Penal na tutela dos Direitos Humanos.

Para atingir esse objetivo, parte-se, no Capítulo 2, especialmente das lições de Delmas-Marty, Fagot-Largeault, Walter Benjamim, Adorno, Agambem e Boaventura de Sousa Santos. Tais autores são fundamentais para que se compreenda o processo de mundialização do direito, a relação entre relativismo e universalismo de valores e ainda a existência de um estado de exceção permanente, bem como a busca de sua superação. Tudo isso sem ignorar a ideia de que a intervenção penal, apesar de necessária nos casos mais drásticos, não pode ser tida como solução milagrosa na proteção dos Direitos Humanos.

Nos demais Capítulos, a doutrina de Kai Ambos, Antônio Cassese, De Stefani e Sperotto, Mantovani, Pisani, Roxin, Schabas e Sicurella, dentre outros, será considerada na análise dos conceitos oriundos do Direito Internacional Penal, buscando contribuir na busca da construção de sua Parte Geral.

Em termos metodológicos, apesar da ênfase nas questões penais a partir do Capítulo 3, busca-se, todavia, uma leitura interdisciplinar, considerando a presença de abordagens oriundas de outros ramos do conhecimento, especialmente no Capítulo 2. No tocante aos procedimentos técnicos, foram

<sup>9</sup> Nesse sentido é a posição de Fletcher: *Every country has adopted its own conception of punishable behavior, its own definitions of offenses, its own principles for determining questions of self-defense, necessity, insanity, negligence and complicity. Criminal law has become state law, parochial law. If there was ever much unity among the countries that succeeded to the domain of Roman Law, there is none now* (1998).

<sup>10</sup> A parte geral do Direito Internacional Penal “não pode ser tratada de modo completo e definitivo” (AMBOS, 2008, p. 580). Não que a Parte Geral do Direito Penal, nos âmbitos nacionais, já esteja completamente estudada e fechada. Entretanto, tal processo de evolução é ainda muito mais inicial no Direito Internacional Penal.

<sup>11</sup> As transcrições da redação original do Estatuto de Roma são feitas em português, e retiradas do anexo do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002 – que promulgou o Estatuto no Brasil. Nos casos de alterações no texto original, ocorridas na Conferência de Kampala, em 2010, as transcrições serão feitas em espanhol, com base no texto do Estatuto atualizado e disponível na página do Tribunal Penal Internacional na rede mundial de computadores. [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf). Acesso em 15.set. 2016. A parte inicial do Estatuto (até o Artigo 33, inclusive, que contem as normas ligadas ao Direito Internacional Penal) constam do Anexo, e foi retirado do texto integral em espanhol da página do Tribunal Penal Internacional na rede mundial de computadores, acima mencionada.

utilizados basicamente a pesquisa bibliográfica, baseada em livros e artigos já publicados, e a pesquisa documental, com destaque para os tratados internacionais, especialmente o Estatuto de Roma.

Quanto ao tratamento do tema, inicia-se com a análise do implemento da justiça penal internacional no processo de internacionalização dos Direitos Humanos. Destaca-se o processo de formação dos Estados até a globalização – que também se estendeu para os aspectos jurídicos, apesar de sua ênfase no âmbito econômico, visando atender à demanda neoliberal de expansão dos mercados. Aqui se examina a mundialização do Direito e a relação entre universalismo e relativismo de valores.

Ainda no Capítulo 2, são mencionados os antecedentes históricos do Tribunal Penal Internacional; sua legitimação baseada, não na soberania, mas sim na proteção dos Direitos Humanos; o viés político na criação e na efetivação do Tribunal; a existência de um estado de exceção permanente e a importância da Corte Criminal Internacional na busca de sua superação; bem como o viés político na definição dos Direitos Humanos.

O Capítulo 3 apresenta, em suas considerações iniciais, a importância de uma definição analítica de crime. Nessa perspectiva, o conceito de delito não pode ser visto de forma estritamente dogmática, razão pela qual se critica um dogmatismo puro. Por outro lado, não se pode simplesmente ignorar o viés dogmático, já que este contribuirá na construção de uma definição de crime e, consequentemente, numa correta e isonômica análise dos casos concretos. Assim, os conceitos e principais institutos jurídico-penais são apresentados, inicialmente do Direito Penal romano-germânico e, em seguida, anglo-saxão. Só será possível discutir questões atinentes ao Direito Internacional Penal partindo dos conceitos oriundos do Direito Penal interno, de ambos os sistemas.

Seguindo na análise, o Capítulo 4 aborda questões específicas do Direito Penal Internacional: sua denominação, a proteção dos Direitos Humanos como critério de interpretação, a influência notadamente predominante do *Common Law* – inclusive na criação do Estatuto de Roma –, a definição de crime no Direito Internacional Penal e, por fim, a relação existente entre o bem jurídico, o Estatuto e o ramo do Direito em análise.

O Capítulo 5, denominado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, pretende agregar o referencial teórico até então desenvolvido para

que se busque um aprimoramento das questões gerais do Direito Internacional Penal. Portanto, contribuir para a construção de uma Parte Geral. Para isso, examina-se sistematicamente algumas das questões de natureza penal tratadas no Estatuto, relacionando os conceitos do *Civil Law* e do *Common Law*.

Inicialmente, discute-se até que ponto o Direito Internacional Penal respalda o princípio da legalidade, que é absolutamente basilar no âmbito penal. Além disso, busca-se destacar a redação pouco precisa de algumas normas incriminadoras, a lacuna na redação primária do Estatuto quanto ao crime de agressão e a abertura dada no tocante à fixação da pena. Enfim, procede-se à discussão relacionada à concepção de que, apesar de se reconhecer o princípio, não lhe é dada a devida importância.

Em seguida, são abordados os Elementos Constitutivos do Crime, diploma previsto no Estatuto, mas hierarquicamente inferior a este, o qual é destinado a esclarecer e auxiliar na interpretação de determinadas normas. Trata-se de algo realmente inovador, inclusive quando se consideram os Direitos internos.

Ainda no Capítulo 5, examina-se o elemento subjetivo dos crimes, também segundo o Estatuto de Roma. Foram analisados os principais institutos oriundos do *Civil Law* (dolo e culpa) e do *Common Law* (*intent*, *recklessness* e *negligence*, que interessam no âmbito do Estatuto, eis que há outras hipóteses), para que se conclua qual é o tratamento dado ao tema. Em seguida, foram examinadas as causas de exclusão da responsabilidade criminal, enfatizando a pertinência de se separar essas causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade – e não simplesmente rotulá-las como *defences*, como faz o Direito Penal anglo-saxão e que influenciou o Estatuto também nesse aspecto.

Por fim, procede-se à análise do erro em matéria penal. O Estatuto o trata sob o enfoque já superado do erro de fato e erro de direito, em razão de uma nítida influência do *Common Law*. Será demonstrada a necessidade de se superar essa leitura, buscando as definições de erro de tipo e erro de proibição, já consagradas no Direito Penal continental.

Há ainda um anexo com a parte inicial do Estatuto de Roma, até seu Artigo 33, contendo portanto as normas de caráter penal.

Por óbvio que o presente estudo não tem a pretensão de fundar uma nova teoria do crime no Direito Internacional Penal, mas sim apresentar determinadas proposições que possam contribuir para um maior comprometimento – e



consequente evolução – na responsabilização penal no plano internacional, sempre com o foco voltado para o incremento da proteção internacional dos Direitos Humanos.

## 2

## O Implemento da Justiça Penal Internacional no Processo de Internacionalização dos Direitos Humanos

### 2.1

### A globalização e o processo de mundialização do Direito: universalismo e relativismo de valores

Para que se examinem a globalização e o fenômeno atual da mundialização do direito – fenômenos que propiciaram a criação do Tribunal Penal Internacional –, torna-se pertinente abordar o processo de formação dos Estados, sua definição e ainda a relação entre a ideia de nação e a formação das identidades nacionais.

#### 2.1.1

#### Da formação do Estado. Nação e Identidade Nacional

É necessário considerar o peso que os Estados Nacionais passaram a ter desde a Idade Moderna para que seja possível compreender a globalização e a mundialização do direito. Ou seja, falar na formação do Estado como se o concebe hoje é algo recente. Nesse sentido é a lição de Held e McGrew:

o exercício de um papel abrangente pelo Estado moderno é relativamente novo na história humana, até mesmo no lugar que lhe deu origem – a Europa Ocidental. Mil anos atrás, por exemplo, o habitante de um povoado inglês conhecia poucas coisas da vida fora dele; a aldeia era o começo e, praticamente, o fim de seu mundo. (2001, p. 25).

Grécia e Roma antigas até chegaram a ter formações políticas que guardaram certa relação com a realidade atual. Mas foi o fim do feudalismo o principal marco na formação dos Estados.<sup>12</sup>

O feudalismo, ainda na Idade Média e segundo Soares, representou a “privatização do poder”, que “impregnou a imagem da Idade Média como época das trevas”. (2011). Tanto é assim que não se falava em Estado à época, e muito menos em nação. Como afirma Miranda ao tratar da Idade Média: “não há Estado

---

<sup>12</sup> Detalhada referência histórica quanto à utilização do nome “Estado” é feita por Jellinek. (2005, p. 197-204).

com as características que geralmente se lhe apontam, na quase totalidade do continente [europeu]” – apresentando, entretanto, determinadas exceções a tal realidade. (2002, p. 30).<sup>13</sup>

Os tratados de Westfália, de 1648, além de servirem como fundamento inicial das relações internacionais<sup>14</sup>, também são utilizados como marco na formação dos Estados na era moderna.

Segundo Held e McGrew, os traços definidores do Estado, na sua concepção moderna, são “a territorialidade que fixa fronteiras exatas, o controle monopolista da violência, a estrutura impessoal do poder político e a formação singular da legitimidade, com base na representação e na responsabilidade”. (2001, p. 26).<sup>15</sup>

Tal posição está em consonância com as definições tradicionais de Estado. Dallari, *e. g.*, assim o define: “ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. (2007, p. 51). Já Jellinek apresenta a seguinte conceituação: *la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio*. (2005, p. 258).<sup>16</sup>

No processo de formação dos Estados, acaba por ganhar força a ideia de nação – que, por sua vez, está ligada à identidade nacional.<sup>17</sup>

Bonavides apresenta um conceito idealista de nação, iniciando assim sua exposição: “*Nação é alma, consciência, sentimento, humanismo, cidadania e apotegma de valores. Nação é o povo na intuição da fraternidade, da justiça e da liberdade (...).*” (2010, p. 125).<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Estas são as ressalvas feitas pelo autor português: “Por certo, não são de esquecer o Império Romano do Oriente, que irá sobreviver até 1453, os reinos das invasões bárbaras (como o dos Francos, o dos Suevos, com capital em Braga, ou o dos Visigodos); o Império Carolíngio e os inícios do Sacro Império Romano-Germânico. Esses foram Estado, mas, de modo algum, identificadores das concepções e das formas políticas medievais, fosse pelo seu progressivo afastamento do Ocidente (caso de Bizâncio), fosse pela sua precariedade ou duração efêmera (os reinos bárbaros e os dois Impérios).” (2002, p. 30).

<sup>14</sup> Tal questão será tratada *infra*.

<sup>15</sup> Acrescentam os autores que tais “traços definidores” são, muitas vezes, frágeis. (2001, p. 26).

<sup>16</sup> Afirmar Fleiner-Gerster que “desde o nascimento do Estado nacional do tipo liberal no século XIX, a teoria geral do Estado considerou como essenciais para o Estado os três elementos seguintes: povo, território e soberania”. (2006, p. 187).

<sup>17</sup> Cf. Renan (s.d.). A definição de Renan para nação será apresentada *infra*.

<sup>18</sup> Itálico no original. Bonavides continua sua exposição de forma quase que poética acerca de seu “conceito idealista de nação”. (2010, p. 125-127).

Chama a atenção que a palavra nação não aparece no texto da Constituição brasileira de 1988. Já a palavra povo aparece desde o preâmbulo<sup>19</sup>, surgindo novamente logo no parágrafo único do art. 1º, o qual prevê que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.<sup>20</sup>

Ao referir-se à globalização, torna-se necessário associá-la à concepção de nação, embora esses sejam dois conceitos que, num primeiro momento, parecem antagônicos, já que é necessário ocorrer uma relativização dos valores intrínsecos à nação para que se abra espaço à globalização. Nesse sentido, Soares chega a afirmar que, “em relação ao conceito de nação, ainda, perdura uma tensão entre o universalismo de uma comunidade legal igualitária e o particularismo de uma comunidade cultural a que se pertence por origem e destino”. (2011, p. 152).

Por outro lado, tal identidade ligada à nação não chega a ser um fator capaz de retardar, até certo ponto, o fenômeno da globalização nem a mundialização do direito. Tanto é assim que Hall, ao tratar da formação das identidades nacionais, acaba por concluir que elas “estão sendo deslocadas pelos processos de globalização”. (2014, p. 30).

### **2.1.2 A Globalização**

Em contrapartida à formação dos Estados Nacionais e ainda à ideia de nação, tem ganhado força nos últimos tempos o processo de globalização – que também abarca, em alguns aspectos, questões envolvendo a mundialização do direito. Por outro lado, há também críticos de tal fenômeno.

Os Tratados de Paz de Westfalia, no século XVII, costumam ser mencionados como propulsores da formação dos Estados.<sup>21</sup> Mas, além disso, foram precursores das relações internacionais e do próprio Direito Internacional, os quais somente vieram a ganhar força posteriormente.

<sup>19</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático...”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>20</sup> Interessante distinção entre nação e povo é feita por Soares. (2011, p. 148-152).

<sup>21</sup> Tais Tratados encerraram a Guerra dos Trinta Anos, em 1648. Cf. Held e McGrew (2001, p. 26-27).

Tanto é assim que, segundo Held e McGrew, “é mais conveniente entender o sistema de normas codificado em Westfalia como um sistema que criou uma *trajetória normativa* no direito internacional”. (2001, p. 27).<sup>22</sup> Esse é o primeiro fundamento histórico da globalização. Afinal, neste processo histórico, não se chegaria à globalização sem a fundação do Estado-nação e, obviamente, sem o nascimento das relações internacionais.

Ao final da primeira metade do séc. XIX, Marx e Engels já mencionavam a questão da globalização na seguinte passagem do Manifesto Comunista – ainda que de forma incipiente: “impelida pela necessidade de mercados sempre novos, a burguesia invade todo o globo terrestre. Necessita estabelecer-se em toda parte, explorar em toda arte, criar vínculos em toda parte”. (1998, p. 43).

Chama também a atenção que, ainda em 1882, numa célebre conferência realizada na Sorbonne intitulada “O que é uma nação?”, Ernest Renan aborda a ideia de nação, na França.<sup>23</sup> Entretanto, em determinada passagem, acaba por concluir: “As nações não são alguma coisa de eterno. Elas começaram, elas acabarão. A confederação europeia, provavelmente, irá substituí-las. Mas tal não é a lei do século em que vivemos”. (s.d., p. 20).

Portanto, ainda no século XIX, já havia um presságio sobre a formação da União Europeia, que só veio a se efetivar cerca de cem anos depois – cujo marco foi o Tratado de Maastricht, datado de 1992; portanto, a formação da União Europeia é indubitavelmente o principal exemplo do processo de globalização.

Held e McGrew confirmam isso, afirmando que a ideia remonta ao fim do século XIX e início do XX, apesar de apenas nas décadas de 1960 e 1970 o termo globalização passar a ser amplamente utilizado – intensificando-se sobremaneira com o fim do socialismo de Estado e a “consolidação mundial do capitalismo”. (2001, p. 7-8).

Atualmente, a globalização é uma realidade incontestável, em que pese a existência de críticas.<sup>24</sup> E, mais do que isso, é tratada com uma importância até

<sup>22</sup> Essa mesma linha também é defendida por Aragão. (2000, p. 5).

<sup>23</sup> Afirma Renan: “Uma nação é uma alma, um princípio espiritual. Duas coisas que para dizer a verdade não formam mais que uma constituem essa alma, esse princípio espiritual. Uma está no passado, a outra no presente. Uma é a possessão em comum de um rico legado de lembranças; outra é o consentimento atual, o desejo de viver em conjunto, a vontade de continuar a fazer valer a herança que receberam esses indivíduos”. (s.d., p. 18).

<sup>24</sup> Algumas das críticas serão apresentadas *infra*.

então inédita. Para Held e McGrew, “a ideia de globalização adquiriu a aura de um novo paradigma” desde a última década do século passado. (2001, p. 7).

Soares também se posiciona no mesmo sentido, apesar de apresentar uma visão mais fantasiada do fenômeno: “o discurso da *global governance* torna-se sedutor, ao perceber o mundo como fábula, recortada por metáforas e fantasias, dentre elas a multiplicação de objetos e serviços, acessíveis a todos”. (2011, p. 361).

Acerca da conceituação de globalização, Held e McGrew relatam a multiplicidade de concepções – como a propósito ocorre com os conceitos centrais das ciências sociais. (2001, p. 11).

Por outro lado, há consenso com relação ao aumento, num padrão até então inédito, “do impacto dos fluxos e padrões inter-regionais de interação social”. (HELD e MCGREW, 2001, p. 13). Além disso, é perfeitamente possível acrescentar que tal interação não é exclusivamente social, mas também econômica, cultural, política, tecnológica e legal, (GÓMEZ, 2012, p. 280) – podendo-se afirmar que seria essencialmente econômica, em razão de uma necessidade neoliberal de expansão dos mercados, sem perder as demais características.<sup>25</sup>

Nessa mesma linha, Gómez ressalta que, a partir da década de 1980, houve “intensificação dos processos de globalização econômica, política e cultural”, dentre outras transformações, ressaltando a existência de uma nova ordem global liberal pós-guerra fria. (2012, p. 275-276). Santos também define a globalização como “multiplicação em tempos recentes das zonas de contato entre culturas, economias, sistemas sociais e políticos, formas de vida diferentes”. (2011, p. 1204).

Por outro lado, Boaventura de Sousa Santos também registra que “as assimetrias de poder nessas zonas de contato são hoje tão grandes quanto eram no período colonial, senão maiores”. (2011, p. 1204). O autor defende que há “duas globalizações”: uma hegemônica liberal e outra contra-hegemônica, que, “mediante articulações locais, nacionais e globais, lutam contra as desigualdades,

<sup>25</sup> Held e McGrew em momento algum afirmam que a interação seria exclusivamente social. Entretanto, na passagem mencionada de seu trabalho, citam apenas a interação social, o que justifica os acréscimos feitos acima. Sobre a ênfase na questão econômica, cf. Soares, que por sua vez não ignora os aspectos político, tecnológico, militar, cultural e ambiental. (2011, p. 360 e 362-363). Cf. também Delmas-Marty (2003), que será abordada *infra* e também enfatiza o aspecto econômico, associando-o à necessidade de proteção dos direitos do homem.

a opressão, a destruição dos modos de vida e do meio ambiente, causados ou agravados pela globalização hegemônica”. (2011, p. 1205). Acrescenta, por fim, que tem surgido recentemente uma terceira forma de globalização, “a globalização da religião política”.(2011, p. 1206).

Segundo Held e McGrew, há duas linhas de pensamento que representam “tipos ideais”, quando se fala em globalização: são os globalistas e os céticos.<sup>26</sup> Para os globalistas, a globalização significa um rompimento entre o até então vínculo exclusivo entre território e poder político, com o rápido surgimento de organizações e regimes internacionais. (2001, p. 31).

Mas ainda há os céticos, mesmo com a instauração desse novo paradigma revelado pela globalização, os quais a entendem como uma “construção primordialmente ideológica ou mítica de valor explicativo marginal”. (HELD e MCGREW, 2001, p. 9).

Ainda segundo os céticos, “a desigualdade da globalização garante que ela fique longe de ser um processo universal, uniformemente experimentado em todo o planeta” – o que acaba por tornar “o próprio conceito de globalização altamente insatisfatório”. (2001, p. 14).

Dallari apresenta uma visão ainda mais crítica, ao defender que a globalização não passaria de “mero artifício que foi usado pelos grandes grupos econômicos e financeiros no final do século XX para simular uma nova tendência e tentar escancarar as fronteiras para os seus negócios”. (2007, p. IX). Tal autor discute qual seria o “futuro do Estado”<sup>27</sup>, mas sem dar destaque ao termo globalização. Ao criticar tal termo, Dallari prefere registrar que “o que interessa em termos de futuro do Estado são as hipóteses teóricas com alguma consistência”. (2007, p. XI e, especialmente, p. 155-156). Segundo ele, há teorias que defendem que haverá um estado mundial; outra, que os estados irão desaparecer; que haverá um pequeno grupo de “super-Estados”; e uma última afirmando que o que mudará será a qualidade dos Estados já existentes. (2007, p.

<sup>26</sup> Registram os mencionados autores que “globalistas” e “céticos” são, na verdade, “tipos ideais”, assim explicados: “são recursos heurísticos que ordenam um campo de investigação e identificam as áreas primárias de consenso e dissensão. Eles ajudam a esclarecer as linhas-mestras de argumentação e, com isso, a estabelecer os pontos de discordância fundamentais. Proporcionam uma via de acesso à confusão de vozes que se enraíza na literatura sobre a globalização, mas que, por definição, não corresponde a nenhum trabalho, autor ou posição ideológica isolados”. (2001, p. 9-10).

<sup>27</sup> Trata-se do nome da obra de Dallari.

75-155). Mas tais hipóteses teóricas não se confundiriam com a visão mercantilizada de globalização.

Na mesma linha é a posição defendida por Quijano, ao questionar o atual modelo capitalista e revelar seu receio de que a globalização acabe por privilegiar as “tendências de dominação imperial”. (2007, p. 174).<sup>28</sup>

Feitas tais considerações sobre o fenômeno da globalização, cabe então considerar o processo de mundialização do direito.

### 2.1.3

#### **Ordenamento jurídico na era da globalização. A mundialização do Direito**

Por mais que a globalização tenha se desenvolvido especialmente em razão de uma necessidade neoliberal de expansão econômica, por óbvio que ela também atingiu – e continua a atingir – outros aspectos, como o político, o sociocultural e o jurídico.

Nesse sentido, afirma Choukr: “há uma busca perceptível em vários campos da ciência pela harmonia e unificação. O direito não criou essa busca, encontra-se dentro dela, embora às vezes disso não se dê conta”. (2003, p. 199).

No campo jurídico e segundo Delmas-Marty, já houve um tempo em que se falava num “direito de vocação universal”, o *ius commune*, baseado no Direito Romano, no Canônico e na *Lex Mercatoria*. Entretanto, o avanço na formação dos Estados nacionais, especialmente até o século XIX, fez com que o direito acabasse por se tornar cada vez mais nacional. (2003, p. 1). Somente o direito comparado, já na virada para o século XX, fez com que se retomasse o “sonho da universalidade” do direito. (2003, p. 1-2).

Ainda do ponto de vista histórico, os marcos seguintes são as duas grandes guerras, especialmente a II Guerra Mundial, com toda a sua barbárie. Afirma Delmas-Marty que “desta regressão” poderia então surgir “a possibilidade de um direito universal”. (2003, p. 2). Houve certa tendência nesse sentido, especialmente quando se consideraram os direitos do homem e se estabeleceu

<sup>28</sup> Ainda sobre críticas à globalização, cf. Morais (2010).



toda a série de normatizações no plano internacional, com início em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>29</sup>

Já Soares fala num “constitucionalismo global”, em que “os Estados procuraram se integrar em comunidades políticas supra-estatais ou em sistemas políticos internacionais”, havendo uma aproximação entre Direito Constitucional e Direito Internacional – surgindo daí o que tal autor denomina de Direito Constitucional Internacional. (2011, p. 367). Nesse contexto, vale destacar um dos aspectos do constitucionalismo global mencionado por Soares, qual seja, a “constituição global dos direitos fundamentais”. (2011, p. 367).<sup>30</sup>

Observa-se, portanto, que Soares segue a mesma linha de Delmas-Marty, que, por sua vez, reconhece que toda a sua pesquisa sobre mundialização do direito parte dos direitos do homem. (2003).

Ainda segundo Delmas-Marty, a criação do Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma, de 1998, significa um prenúncio ímpar no lento processo de mundialização do direito. Afirma a autora:

o acordo obtido para a criação de uma corte penal internacional, malgrado todos os prognósticos de fracasso e, não obstante a persistente oposição do Estado mais potente, permitirá, pela primeira vez na história, dar assento numa jurisdição permanente a juízes vindos dos cinco continentes, os quais aplicarão um conjunto de princípios universalmente definidos. (2003, p. 195).

Em consonância com a criação do Tribunal Penal Internacional, ocorreu um grande avanço na formação dos chamados “crimes contra a humanidade”, durante o século XX. Essa é a posição de Delmas-Marty, que defende que

o ser humano, mesmo profundamente incorporado na sua comunidade familiar, cultural ou religiosa, não deve jamais perder sua individualidade e ser reduzido a um mero elemento cambiável por outros e rejeitado como tal. (2003, p. 187).

<sup>29</sup> Resolução 217 III A da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: 21 out. 2015. Samuel Moyn registra que, à época da Declaração Universal, “os direitos humanos realmente se referiam a um programa das Nações Unidas”. (2013, p. 34). O processo de reconhecimento de internacionalização dos Direitos Humanos só é incrementado no decorrer do séc. XX, especialmente a partir da década de 1970. Cf. ainda item 2.2 deste estudo.

<sup>30</sup> Os outros aspectos desse constitucionalismo citados pelo autor são: a transferência do paradigma constitucional nacional (“que pretende erigir a Carta das Nações Unidas ao *status* e exercício de um poder político mundialmente legitimado”); a ideia de constituição supranacional sem Estado (“composta por sujeitos internacionais”); e ainda a rede de constituições sociais globais (“esquemas regulatórios para a Internet, sistemas de saúde, bioética etc”). (2011, p. 367-368).

Ou seja, aqui não se consideram particularidades de determinado grupo, para que o alcance da proteção seja realmente mundial.

Essa construção histórico-jurídica sobre os crimes contra a humanidade, especialmente no contexto do Tribunal Penal Internacional, demonstra cabalmente como o direito também passa pelo fenômeno da globalização, e não somente a economia, ou a política, ou ainda aspectos socioculturais.

Assim, segundo Hirsch, a existência de uma ciência jurídica universal possui, sim, relevância científica incontestável – ainda que seja possível discutir seus limites. Afirma o autor alemão:

*L'esistenza di una scienza universale del diritto penale sdrammatizza in questo ambito anche il rimprovero che sovente viene elevato contro la scienza giuridica, ai sensi del quale essa non sarebbe una vera scienza. Nella mistura in cui una scienza universale del diritto penale non trae i propri risultati da una realtà normativa nazionale (o anche Internazionale), ma si interroga investigando su concezioni dotate di validità generale, la sua scientificità non può essere contestata. (2006, p. 397).<sup>31</sup>*

Por outro lado, e assim como ocorre com relação à globalização, há também os críticos do fenômeno da mundialização do direito. Enquanto Delmas-Marty vangloria a criação do Tribunal Penal Internacional, Esparza critica duramente a atuação do que ele chama de “jurisdição internacional”. (2012).

Afirma tal autor que, apesar do grande número de tratados internacionais na área dos direitos humanos e de órgãos para sancionar os responsáveis pelas violações àqueles, ainda assim *nada ha impedido que la lista de infamias contra el ser humano siga aumentando*. (2012). E continua: *la cultura de la impunidad ha favorecido que el s. XX haya sido el más sangrento de la historia de la humanidad*. (2012).<sup>32</sup>

Ainda segundo Esparza, tal contexto é derivado de cinco causas: pouca vontade política e fortes interesses econômicos e geoestratégicos<sup>33</sup>; um poder

<sup>31</sup> Necessário registrar que no referido artigo o autor trata especificamente da ciência penal e seu aspecto universal. Entretanto, suas conclusões transcendem o aspecto puramente penal da ciência jurídica.

<sup>32</sup> Continua o autor: *Incluso para los peores crímenes que se pueden cometer, aquellos de lesa humanidad, ni siquiera los avances científicos o tecnológicos han sido tan decisivos, ya que las limpiezas étnicas y los genocidios se han llevado a cabo a base de gas, tiros e incluso machetazos, herramientas poco sofisticadas*. (2012).

<sup>33</sup> Afirma Esparza: *Esto queda perfectamente reflejado en la negativa de países como EE.UU, China, Rusia o Israel a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y, en su lugar, decantarse por alcanzar acuerdos bilaterales que aseguren la inmunidad de sus ciudadanos. En el*

judicial internacional muito limitado<sup>34</sup>; a impunidade dos poderosos (*hay todavía países que no sólo parecen sino que de facto están por encima o más allá de la ley*<sup>35</sup>); a limitação de uma jurisdição incômoda<sup>36</sup>; e por último a tirania dos criminosos de alto escalão.<sup>37</sup>

Por sua vez, Aragão relata que a ideia de soberania até hoje faz com que se resista ao Tribunal Penal Internacional. (2000, p. 77).<sup>38</sup>

#### 2.1.4

#### **A importância da mundialização do Direito na tutela dos Direitos Humanos e os limites da globalização: entre universalismo e relativismo de valores.**

A grande questão aqui posta é demonstrar que o processo de mundialização do Direito deve contribuir para a efetivação da tutela dos Direitos Humanos, considerando especialmente a criação do Tribunal Penal Internacional e todo o constructo teórico, erigido no século XX, acerca dos crimes contra a humanidade.

Portanto, espera-se que assista razão a Choukr, que, ao tratar da mencionada mundialização, afirmou: “não sejamos menos cidadãos em nossas ‘periferias’ do que são aqueles nas ‘metrópoles’”. (2003, p. 200).

---

*caso de EE.UU., el tema es especialmente sangrento ya que ele x presidente George W. Bush borró la firma de su predecesor, Bill Clinton, del Tratado de Roma.* (2012).

<sup>34</sup> Isso porque o Tribunal Penal Internacional depende da colaboração do Estados para prender os acusado, já que a acusação não possui um polícia própria; não possui poder para aplicar sanções a um Estado que não colabore como Tribunal; e seus recursos econômicos podem ser ameaçados no caso de suas ações levarem ao descontentamento dos países doadores de tais recursos. (2012).

<sup>35</sup> O autor cita expressamente o caso dos Estados Unidos, Rússia e China.

<sup>36</sup> O autor critica como uma jurisdição que deveria ser universal, por sua própria definição, não poderia ter limites. E muitas vezes pressões diplomáticas podem acabar por inviabilizar a efetivação da jurisdição internacional. Por outro lado, parece que o presente ponto acaba por se confundir com um anteriormente citado: um poder judicial internacional muito limitado.

<sup>37</sup> Afirma Esparza: *Los crímenes de lesa humanidad [...] no se cometen de forma espontánea, sino que generalmente son instigados por dirigentes políticos y militares de alto rango que tienen un fuerte control sobre el aparato político, militar e propagandístico del Estado.* Isso dificulta a aplicação da lei, segundo o autor. (2012). O viés político do Tribunal Penal Internacional ainda será abordado *infra*.

<sup>38</sup> Sobre tal questão, cf. ainda Dornelles (2013). Apesar de não tratar especificamente do Tribunal Penal Internacional, o autor discute o processo de internacionalização dos Direitos Humanos e assim consignou: “o estabelecimento de mecanismos [internacionais] de controle das ações violadoras [aos Direitos Humanos] se chocou, assim, com um conceito ilimitado de soberania nacional, que tem como corolário o princípio da nãointervenção em assuntos de responsabilidade interna de cada Estado. O conceito irrestrito de soberania nacional impede a ação efetiva dos organismos criados pela comunidade internacional para a defesa dos Direitos Humanos, defesa essa fundamental quando se trata de assegurar a paz e a segurança internacionais”. (2013, p. 39-40).

Entretanto, não se pode ter uma visão por demais romantizada da globalização, e muito menos da mundialização do direito. Assim, a globalização “não deve ser entendida como algo que prenuncia o surgimento de uma sociedade mundial harmoniosa, ou de um processo universal de interação global em que haja uma convergência crescente de culturas e civilizações”. (HELD e MCGREW, 2001, p. 13). Segundo esses autores, haveria risco efetivo de “políticas reacionárias” e ainda de uma “xenofobia arraigada”. (2001, p. 13).

Tanto é assim que Soares destaca que “o Estado não deve e não pode desaparecer”. (2011, p. 362).

Já Dallari, nesse mesmo contexto, afirma que as ideias de “Estado Mundial”, apesar de tão antigas, seriam de uma rara possibilidade concreta. (2007, p. 75).<sup>39</sup>

É necessário, assim, traçar uma linha intermediária entre uma soberania hermeticamente fechada e uma globalização sem limites – o que acabaria por abarcar também o direito.

Esta é, em síntese, a posição de Delmas-Marty:

Entre o sonho de um direito único, talvez ideal mas, certamente, utópico, e o tormento de uma monarquia universal marcando a hegemonia de uma cultura, de uma nação, de uma religião ou de uma economia sobre todas as outras, entrevê-se a possibilidade de conceber um direito comum pluralista, construído sobre sucessivos ajustes, ao final de debates nos quais a razão aparece menos como o fundamento filosófico do que como instrumento de justificação e de diálogo. (2003, p. 4-5).<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Dallari destaca que o Estado Mundial teria, “às vezes, o caráter de utopia, outras vezes a condição de instrumento necessário para a afirmação de uma superioridade política ou militar”. (2007, p. 75).

<sup>40</sup> Em outras passagens, defende a autora: “... o direito corre o risco de se mundializar em algumas décadas sob a influência da economia mais potente que, inevitavelmente, imporá suas escolhas culturais (...). Dito de outra forma, é claro aos meus olhos que, caso se deseje evitar uma mundialização do tipo hegemônica, é necessário aprender a conjugar economia e direitos do homem para inventar um direito comum realmente pluralista”. (2003, p. 4). Delmas-Marty tem muito receio do papel que a economia pode ter neste processo, considerando o peso que possui na realidade atual: “Desde os primeiros contatos, apareceu a necessidade de não dissociar os direitos humanos dos direitos econômicos e isto é tão verdadeiro que, se os direitos humanos aparecem como nossa bússola, a economia é o verdadeiro motor da mundialização”. (2003, p. 3). Em outro estudo, conclui a Professora: “... o direito penal internacional seria baseado sobre valores comuns partilhados por uma comunidade internacional que não é mais apenas um mito, mas tende a tornar-se uma realidade, ainda muito frágil, que precisaria ser construída e consolidada”. (2004, p. 66).

Esta é a ideia a ser defendida: que o processo de mundialização do direito possa contribuir para a internacionalização da defesa dos Direitos Humanos, sem que se considere sempre a história hegemônica dos vencedores.<sup>41</sup>

Dificultando o papel do Tribunal Penal, pertinente é a colocação feita por Delmas-Marty. Afirma a autora que os juízes, apesar de oriundos de continentes distintos, costumam ter a mesma formação acadêmica, falam as mesmas línguas e são assessorados por juristas ocidentais. (2004, p. 67). É por tal razão que ela defende que o foco deva estar voltado para o lado das vítimas, onde se deveria buscar a existência de valores comuns, “apesar de civilizações diferentes, até mesmo opostas”. (2004, p. 69). Continua a autora:

Mesmo nos países em que o estupro e a tortura não são tipificados como tais, nem sancionados penalmente, podemos pensar que as vítimas devem se sentir, contudo, humilhadas, ultrajadas em sua dignidade de ser humano. E a mesma observação diz respeito às crianças quando são vítimas de tratamento desumano ou degradante, talvez até de tortura ou de escravidão. Onde quer que estejamos, tais práticas suscitam indignação, no sentido próprio de um termo que nos envia precisamente à dignidade do ser humano. [...] A hipótese que justifica nosso debate é a de que a busca de valores comuns pressuporia não apenas a enumeração de comportamentos criminosos, mas também a definição desse fundo comum de valores que chamamos de Humanidade. (2004, p. 69 e 71).

Portanto, o foco desse universalismo deve estar direcionado aos valores afetados das vítimas relativamente à dignidade do ser humano<sup>42</sup> – sem que, com isso, se esteja a defender uma visão liberal focada tão-somente nas violações aos direitos políticos e civis. (GÓMEZ, 2012, p. 282).<sup>43</sup> Nessa linha, Dornelles e

<sup>41</sup> Cf. item 2.5, destinado a tratar da superação do estado de exceção permanente.

<sup>42</sup> Kai Ambos também possui posicionamento nesse mesmo sentido: “É uma forma de cosmopolitismo [ou universalismo] baseado em princípios racionais com pretensão de validade. De fato, trata-se de uma mistura única de uma consideração concreta e uma pretensão abstrata que despreza qualquer desafio *geral* de relativismo cultural, parcialmente como um resultado de teorias pós-modernas do pluralismo jurídico. A consideração *concreta* consiste na referência a violações concretas de direitos humanos fundamentais, traduzidas em crimes graves contra valores jurídicos fundamentais da humanidade e codificados como crimes internacionais e nucleares dos art. 5-8 do Estatuto do TPI, que dificilmente poderão ser aprovados por qualquer cultura. A pretensão *abstrata* refere-se à posição moral subjacente de alcance universal destes direitos humanos fundamentais e de suas penas como crimes internacionais nucleares. [...] Ou, em outras palavras, a validade de uma pretensão moral é independente de suas raízes históricas e geográficas”. (2014, p. 76-78).

<sup>43</sup> Em interessante estudo enfocando “uma justiça das vítimas”, e na mesma linha defendida aqui e até certo ponto por Delmas-Marty, leciona Ruiz: “Cada modelo de justiça requisita seus métodos. A perspectiva de uma justiça a partir das vítimas requer como condição de possibilidade a *memória*. Ninguém como a vítima sabe da dor das lembranças e do peso do passado. O acontecimento que aviltou sua dignidade não ficou diluído num passado, ele está vivo no seu presente de vítima. A alteridade ferida carrega consigo o acontecimento, a temporalidade, o peso do sofrimento que a injustiça provocou. A condição objetiva da vítima, no presente, mostra que o lastre da injustiça não se esfumou num passado nem foi superado pelo esquecimento. Só a vítima

Palop defendem uma perspectiva ética da justiça, falando inclusive num estatuto moral da vítima. Afirmam os autores:

Assim, o estatuto moral da vítima significa reivindicar uma justiça da memória que nos permita revisar a perspectiva que produziu uma neutralização da vitimização, dando visibilidade à vítima e dando-lhe uma voz própria. Tudo isso sem recorrer a nenhuma forma de justiça particular ou de privatização da ação de fazer justiça. (2012, p. 86-87).<sup>44</sup>

Trata-se de uma tarefa árdua, especialmente porque “a filosofia moral do século XX foi amplamente relativista, talvez até niilista”, uma vez que o universalismo formalista kantiano acabou por fracassar. (FAGOT-LARGEAULT, 2004, p. 94 e 99).<sup>45</sup> Entretanto, ainda que no plano normativo, já se busca a efetivação da dignidade no plano universal nos incontáveis tratados internacionais de Direitos Humanos. E no âmbito penal isso fica evidenciado, como defende Fagot-Largeault:

Parece-me natural que princípios potencialmente universais e da ordem das morais do bem venham a emergir no direito penal, porque identificamos mais nitidamente, mais consensualmente, o que choca a consciência moral do que o que a agrada. (2004, p. 100).

Essa é a contribuição que o universalismo de valores, presente que está no Estatuto de Roma, pode dar ao sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, no âmbito penal.

---

sabe quanto pesa um passado que nunca passou. O resgate de sua dignidade exige justiça, e para fazer justiça há de se apelar à memória. Nessa imbricação poderemos descobrir em que medida esta (a memória) pode ser um elemento constitutivo daquelas (as vítimas).” (2012, p. 65-66).

<sup>44</sup> Concluem Dornelles e Palop: “Por tratar-se de quadros dramáticos e de violações sistemáticas e massivas de direitos humanos, os contextos de transição de regimes ditatoriais ou de conflitos armados para o Estado Democrático de Direito exigem o conhecimento do passado, onde o conjunto da sociedade tenha consciência plena dos crimes cometidos. Crimes estes que atingem não apenas as vítimas diretas, mas também o conjunto da sociedade, a consciência cidadã, a condição humana. E, à aquisição de consciência dos crimes cometidos, se junta a exigência de impedir que se perpetue a impunidade dos algozes e responsáveis pelo horror.” (2012, p. 95). Na mesma linha é a posição defendida por Gómez: “Se a virada do século XX traz então uma novidade, ela consiste na disseminação de uma forte sensibilidade de humanitarismo compassivo centrado na figura da vítima que afirma que ‘alguma coisa pode e deve ser feita’ para deter as maciças violações dos direitos humanos, obrigar os responsáveis a prestar contas, conhecer os fatos ocorridos e socorrer as vítimas de distintas maneiras (Roht-Arriaza, 2006).” (2012, p. 278). Aragão enfatiza a importância da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as vítimas de Delitos e Abuso de Poder, de 1985, originada no 7º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinquent, realizado em Milão, sendo o texto aprovado pela Assembleia Geral da ONU naquele mesmo ano. (2000, p. 45-46). Cf. ainda Mate (2008).

<sup>45</sup> A filósofa e médica francesa invoca Karl Popper para lastrear tal afirmação.

Por fim, registre-se que não objetivamos defender um dualismo pleno entre relativismo e universalismo. Apenas afirmamos que há de se superar a visão eminentemente relativista preponderante no século XX para que se reconheça a importância do Tribunal Penal Internacional, cujos valores são universais, quando se discutem as grandes violações à humanidade<sup>46</sup>, – justificando-se, inclusive, a intervenção do direito penal, a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, aplicável exatamente nos casos mais drásticos, quais sejam, quando se está diante de “crimes de tal gravidade que constituem ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade”, nos dizeres do preâmbulo do Estatuto de Roma. (1998).

## 2.2

### Antecedentes históricos do Tribunal Penal Internacional

Examinar os antecedentes históricos do Tribunal Penal Internacional significa perquirir como se deu a formação da jurisdição internacional penal – que atinge seu clímax com o Estatuto de Roma, em 1998. Nesse processo também está incluída a internacionalização dos Direitos Humanos.

O primeiro marco, segundo Japiassú, seria o julgamento de Peter Von Hagenbach, em 1474, na atual Alemanha. Afirma o autor que, após ser nomeado Governador da cidade de Breisach, este “instituiu um reino de terror”, gerando a criação de um Tribunal formado por 27 juízes da região e resultando na sua execução. (2004, p. 37). Em seguida, Japiassú menciona os esforços para punição dos atos criminosos praticados por ocasião da I Guerra Mundial. (2004, p. 38-42).

---

<sup>46</sup> Apesar de não direcionar sua análise ao Tribunal Penal Internacional, José María Gómez (2012), de certa maneira, apresenta a mesma preocupação: quando se defende um dualismo pleno entre relativismo e universalismo e opta-se pelo universalismo, há sério risco de se tornar “presa fácil das teorias hegemônicas e das práticas neocoloniais das grandes potências, instituições internacionais e forças sociais transnacionais ocidentais (isto é, o complexo de tropas, burocratas internacionais, *experts*, ONGs humanitárias e grandes corporações econômicas). Isso tem ficado em evidência nos numerosos casos em que ela foi imposta pela força das armas a países periféricos, invocando, junto das razões humanitárias, os direitos humanos, o Estado de Direito, a democracia liberal e um modelo capitalista de desenvolvimento econômico. (Zolo, 2006).” (GÓMEZ, 2012, p. 283). Em outro estudo, Gómez aponta que o pós-II Guerra Mundial “elevou os Direitos Humanos à condição de lei internacional.” (2009, p. 77). Entretanto, apesar do valor da vida, da dignidade da pessoa humana e das possibilidades de desenvolvimento da pessoa passassem a ter um alcance universal, há “marcas dominantes do eurocentrismo moderno ocidental, que até hoje persiste sob a roupagem do globocentrismo hegemônico.” (2009, p. 77).

Lima e Brina dão destaque inicial para a pirataria, seguindo-se o Tratado de Versalhes e ainda o período entre guerras, especialmente a Convenção de Genebra, de 1929. (2006, p. 21-28).

Já Ferro faz uma análise histórica mais extensa, apresentando o que denomina “precedentes” do Tribunal de Nuremberg, partindo desde a Grécia Antiga até as tentativas de criação de uma Corte Penal ocorridas ainda durante a II Guerra Mundial. (2002, p. 21-44).

Delmas-Marty estabelece como referência “as infrações ao direito de Haia, a lei e os costumes da guerra, ou seja, as convenções do final do século XIX e início do século XX.” (2004, p. 63). Em seguida, trata de duas convenções acerca do terrorismo, de 1937, propostas pela França à Sociedade das Nações, mas que não chegaram a entrar em vigor pela ausência de ratificações suficientes. A autora aponta que a segunda das convenções “estabelecia o primeiro projeto de Corte Internacional Permanente.” (2004, p. 63).

Cassese relata a existência de “primeiras tentativas malogradas” entre os anos de 1919 e 1945, destacando a previsão de Tribunais *ad hoc* no Tratado de Versalhes – que não chegaram a ser instalados – e a elaboração de um projeto de Tribunal Internacional de Justiça Permanente. (2005a, p. 4). Apesar de não terem êxito, o autor reconhece que “essas primeiras tentativas foram elogiáveis por sua visão ao reconhecer a necessidade de um organismo internacional de jurisdição penal.” (2005a, p. 4).

O fim da II Guerra Mundial é um marco, pois até então as violações aos direitos dos cidadãos de cada estado eram assunto do respectivo estado, com base na supremacia da soberania “e pela obrigação de nãointervenção dos demais [estados].” (GÓMEZ, 2009, p. 77).

Assim, no contexto da internacionalização dos Direitos Humanos, deve-se dar especial destaque à Carta das Nações Unidas de 1945. Logo em seu preâmbulo, a Carta menciona a reafirmação da “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano”, mostrando a importância de seu papel no processo de internacionalização. Ressalte-se que o documento foi firmado em 26 de junho de 1945, portanto, antes mesmo do encerramento da II Guerra Mundial. (GÓMEZ, 2009, p 78).<sup>47</sup>

<sup>47</sup> O encerramento formal da II Guerra Mundial ocorre com a rendição japonesa em agosto de 1945. Já a Alemanha e a Itália foram derrotadas ainda no mês de abril.



Ocorre que o grande marco se dá com a criação dos Tribunais Militares de Tóquio e, principalmente, de Nuremberg, logo no pós-II Guerra Mundial. É o que leciona Gómez:

Nuremberg representou um ponto de inflexão do Direito Internacional que abriria caminho à tensão-enfraquecimento do princípio clássico de soberania ao surgimento de uma jurisdição de pretensão universal. (Teitel, 2000). Mas ainda, poder-se-ia dizer que Nuremberg foi o vetor desencadeador e uma das principais fontes da ‘revolução dos direitos humanos’ que marcará a ordem normativa internacional pós-1945 (Steiner e Alston, 2006; Donnelly, 2007), apesar de suas notórias limitações, seletividades e irregularidades inerentes a um ato típico de ‘justiça dos vencedores’. (Zolo, 2007). Afinal, pela primeira vez na história, um tribunal internacional julgava e condenava as mais altas autoridades políticas e militares de um Estado por crimes contra a humanidade, estabelecia um conjunto de princípios de justiça internacional e deixava um registro judicial crível dos massacres e abusos dos direitos humanos. (Eisikovitzs, 2009)” (2012, p. 265).

É por tal razão que o Tribunal de Nuremberg é um marco do Direito Internacional Penal, posto que se trata, segundo Ferro, da primeira Corte Criminal realmente internacional. (2002, p. 16).<sup>48</sup>

Destaque-se ainda que a noção de crimes contra a humanidade “foi consagrada de forma explícita pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg.” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 64).<sup>49</sup>

Por outro lado, não se pode ignorar a grande crítica formulada ao Tribunal de Nuremberg e que também se estende às demais Cortes Criminais criadas antes do advento do Estatuto de Roma. Trata-se do suposto descumprimento do princípio da anterioridade, que é um corolário da própria legalidade. Isso porque, segundo os críticos, a definição dos crimes e das penas só teria surgido depois dos atos praticados, bem como a própria existência dos tribunais – o que caracterizaria juízos de exceção.<sup>50</sup>

A acusação refutou tal argumento da defesa, alegando que “o crime de guerra ilícita já era previsto pelo Direito Internacional Positivo”, apesar de não haver ainda cominação de pena – citando, inclusive, vários documentos internacionais nesse sentido. (FERRO, 2002, p. 103 e 106-108). A acusação também alegou que o Direito Internacional tem como principal fonte o direito

<sup>48</sup> Cf. Aragão (2000, p. 84-94).

<sup>49</sup> Como já exposto nos itens 2.1.3 e 2.1.4, a definição de crimes contra a humanidade tem especial destaque na obra de Delmas-Marty quando essa trata da mundialização do direito. Acrescenta ainda a autora, entretanto, que não havia uma clara distinção no Estatuto do referido Tribunal dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra. (2004, p. 64).

<sup>50</sup> O Ato Constitutivo e o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg são datados de 08 de agosto de 1945. (Ferro, 2002, p. 123). Portanto, após a queda da Alemanha.

costumeiro, “sendo o princípio da legalidade da esfera do direito escrito, sistematizado, emergindo em sistemas jurídicos já em estágio elevado de evolução”, acrescentando ainda que países que adotam o *Common Law* inclusive não se baseiam no princípio da legalidade.<sup>51</sup> (FERRO, 2002, p. 104-105).<sup>52</sup>

Enfim, Ferro conclui que, dado um “caráter especial do Direito Internacional”, o princípio da legalidade acabou por ser “amenizado”, mas não excluído. (2002, p. 108).

Para que esta principal crítica não perdure, Ferro apresenta a seguinte conclusão:

O Tribunal de Nuremberg é uma página do grande livro do Direito Internacional que nunca deve ser virada, a não ser quando uma Corte Internacional Criminal, de caráter permanente, possa principiar um novo capítulo a partir do verso daquela folha magistral. (2002, p. 113).<sup>53</sup>

Mesmo com a relevância do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para a construção do Direito Internacional Penal, Gómez acrescenta que ainda foram necessários mais cinquenta anos após Nuremberg para que se recuperassem a justiça penal internacional e a figura legal do crime contra a humanidade, numa clara alusão ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. (2012, p. 265).

Apesar de não ter tido o mesmo destaque de Nuremberg, não se pode ignorar a importância do Tribunal Militar de Tóquio, inspirado em Nuremberg, (CASSESE, 2004a, p. 7) – apesar da existência de críticas de natureza política, no sentido de que este seria uma vingança norte-americana ao ataque de Pearl Harbor. Também se repetiram as alegações das defesas no sentido de se tratar de um julgamento sem prévia base legal. (CASSESE, 2004a, p. 7-8).

Sobre a importância dos dois mencionados Tribunais, afirma Cassese: “pela primeira vez estabeleceram-se instituições não nacionais ou de caráter

<sup>51</sup> Cf. item 4.1 deste estudo, quando será examinado o princípio da legalidade em face do Estatuto de Roma e do Tribunal Penal Internacional.

<sup>52</sup> Sobre os argumentos trazidos pela acusação para contestar a defesa, em Nuremberg, cf. ainda Silva (2004, p. 17-18). Outra crítica relevante, que decorre inclusive da ofensa à anterioridade, está no fato de se tratar de um Tribunal dos vencedores – o que era o comum até a criação do Tribunal Penal Internacional. Cf. Gómez (2012, p. 265). Carlos Canêdo também lista as críticas apresentadas a Nuremberg. (1999, p. 56-60).

<sup>53</sup> O referido estudo, apesar de publicado em 2002 (quando já tinha sido firmado o Estatuto de Roma), foi escrito em 1992, como consta do Prefácio da obra, da lavra do Professor da UFMG e da PUC-Minas Carlos Canêdo.

próximo ao nacional com o propósito de processar e punir crimes de dimensão e alcance internacionais.” (CASSESE, 2004a, p. 8).

Nessa mesma linha, defende Carlos Canêdo que:

A grande contribuição do Tribunal de Nuremberg foi, sem dúvida, implementar a ideia – já desenvolvida antes, mas em termos doutrinários e com escassa aplicação prática – da responsabilidade penal dos indivíduos no plano internacional. (1999, p. 63).

Após os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, papel de destaque cabe à Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, tida como marco fundador do regime internacional de Direitos Humanos – embora não tivesse força vinculante imediata. (GÓMEZ, 2009, p. 78). Carlos Canêdo registra que

a Declaração Universal dos Direitos Humanos buscou romper com o antigo princípio de Direito Internacional que protegia de maneira absoluta a soberania dos Estados. Essa soberania os tornava impermeáveis às forças externas, mesmo tratando-se de violações graves de Direitos Humanos. (1999, p. 38).

Cassese relata que chegou a ser elaborado um projeto de um estatuto para um tribunal penal internacional, em 1951, no âmbito da Organização das Nações Unidas, o qual teve sua análise eternamente postergada. (2004a, p. 9-10).

O início da Guerra Fria lentifica o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, que só volta a ganhar força na década de 1960, considerando especialmente a descolonização da África e Ásia. Marcos de tal período são a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos – o de Direitos Civis e Políticos e ainda o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). (GÓMEZ, 2009, p. 79).

A consolidação no processo de internacionalização dos Direitos Humanos continua nas décadas de 1970 e 1980, com a criação de uma série de documentos internacionais, chegando ao auge nos anos 1990.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Cf. o histórico detalhado apresentado por Gómez acerca dos documentos firmados durante a mencionada época (2009, p. 79-80), bem como o trabalho de Kathryn Sikkink (2011). Referindo-se à década de 1970, afirma Sikkink: *no one imagined that someday it would be possible to judge those responsible for human rights violations and send them to prison.* (2011). Apesar de tal afirmação se referir ao contexto uruguaio da época, ela pode ser ampliada para parâmetros mundiais. A propósito, já neste séc. XXI, chegou a haver julgamentos no Uruguai por violações ocorridas na década de 1970 (SIKKINK, 2011). Com relação à Argentina, Sikkink registra que

Cassese afirma que, com a “nova ordem mundial” pós-Guerra Fria, abre-se espaço para dois tribunais *ad hoc* – Iugoslávia e Ruanda – e ainda para a elaboração do Projeto de Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tudo na década de 1990. (2004a, p. 10-19).

Além disso, este período pós-Guerra Fria também experimentou um ganho na

importância cada vez mais maior da doutrina dos direitos humanos. Sua ênfase na necessidade de se respeitar a dignidade humana e, conseqüentemente, punir todos aqueles que a atacarem seriamente gerou a busca de justiça penal internacional, ou, pelo menos, deu-lhe grande impulso. Os conflitos que irromperam, entre outros lugares, na ex-Iugoslávia e em Ruanda, serviram para reacender a indignação sentida ao final da Segunda Guerra Mundial. Mais uma vez, a comunidade internacional foi despertada para a ação e buscou punir os autores de graves violações dos princípios mais fundamentais do direito internacional humanitário na ex-Iugoslávia e em Ruanda. Esse período pode ser caracterizado pelo desenvolvimento de instituições com poderes para processar e punir violações sérias do direito internacional humanitário [...]. (CASSESE, 2004a, p. 11).<sup>55</sup>

A propósito, tal período pós-Guerra Fria trouxe uma época de consensos a ponto de viabilizar uma convergência entre os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, chegando-se, inclusive, a serem estabelecidos os já mencionados Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, em 1993, e para a Ruanda, em 1994. (CASSESE, 2004a, p. 10-12).<sup>56</sup>

Segundo a Resolução n. 827 do Conselho de Segurança, que estabelece o Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia,

nas circunstâncias particulares que prevalecem na ex-Iugoslávia, a criação de um tribunal internacional, como medida especial tomada por si, e a iniciativa de proceder contra as pessoas responsáveis por violações graves ao direito internacional humanitário permitiriam alcançar esse objetivo e contribuiriam para a restauração e a manutenção da paz.<sup>57</sup>

---

apenas em 1983 *Argentine human rights movements started publicly demanding trials for past violations in Argentina* (2011).

<sup>55</sup> Essa é a mesma linha defendida por Gómez: “a década de 1990 revelou, para além dos problemas crônicos de efetividade e da persistência de velhas e novas formas de violações, um panorama não só de avanço gradual e fortalecimento dos Direitos Humanos no plano internacional (e em numerosas situações nacionais) como também de legitimação normativa e política sem precedentes.” (2009, p. 80).

<sup>56</sup> Na mesma linha defende Aragão ao afirmar: “pode-se dizer que foi o fim do império soviético (e o conseqüente fim da Guerra Fria) que abriu as portas para tão sonhado tribunal penal internacional.” (2000, p. 71).

<sup>57</sup> Cf. Cassese (2004a, p. 12-13).

A criação de tal Corte, portanto, configurou-se como uma evidente medida em prol do incremento da justiça internacional penal e, consequentemente, do processo de internacionalização dos Direitos Humanos – apesar de questionamentos instigados por Alemanha, França e Estados Unidos. (CASSESE, 2004a, p. 12).<sup>58</sup>

A importância do Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia foi registrada por Álvarez:

*no cabe duda de que el establecimiento en 1993, casi cincuenta años después de los Tribunales de Nuremberg y Tokio y tras décadas de insoportable inacción, del TPIYUG, del primer Tribunal Penal Internacional (en sentido estricto) de carácter no militar alejado ya del esquema de vencedores y vencidos, fue un hito de una importancia sobresaliente (2015, p. 6).*

Um grande marco no referido Tribunal foi o reconhecimento da possibilidade da caracterização do crime contra a humanidade mesmo em tempo de paz. (DELMAS-MARTY, 2004, p. 65). Tal entendimento, segundo Delmas-Marty, também foi incorporado ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. (2004, p. 65-66).<sup>59</sup>

O Tribunal *ad hoc* para Ruanda também fez parte desse mesmo processo, do qual ressaltam-se dois aspectos importantes: a magnitude do genocídio lá cometido e ainda a necessidade de não atribuir um tratamento desigual para a Europa – onde se criou o Tribunal para a ex-Iugoslávia – e para a África. (CASSESE, 2004a, p. 14).

Uma grande referência histórica ocorrida no Tribunal *ad hoc* para Ruanda foi a condenação do Primeiro Ministro Jan Kambada, abrindo-se um grande precedente contra o entendimento, até então presente, de uma imunidade absoluta para o Chefe de Governo. (GÓMEZ, 2009, p. 82). Frulli aponta inclusive que, no âmbito do Direito Internacional Penal, tem-se atualmente o que denomina de “exceção consolidada”, ou seja, a regra geral da imunidade não se aplica mais sequer a Chefes de Estado ou de Governo. (2004, p. 282-284).<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Cf. as críticas listadas por Cassese (2004a, p. 14).

<sup>59</sup> Tal previsão é extraída, segundo Delmas-Marty, da interpretação do Artigo 7º do Estatuto de Roma (2004, p. 65). Na mesma linha afirmam Kirsch e Robinson sobre o mencionado Estatuto: “A característica mais importante do texto [quanto à definição dos crimes] foi a afirmação de que os crimes contra a humanidade são puníveis, independentemente de terem sido cometidos durante conflito armado ou em tempos de paz.” (2005, p. 36).

<sup>60</sup> Afirma a autora: “Segundo a prática internacional, podemos concluir que existe, em direito internacional costumeiro, uma regra que permite abrir exceção às imunidades funcionais para

Esse precedente do Tribunal *ad hoc* para Ruanda acabou influenciando na criação do Artigo 27 do Estatuto de Roma, que não exime de responsabilidade criminal no Tribunal Penal Internacional o oficial ou até mesmo o chefe de Governo ou de Estado.<sup>61</sup>

Outra referência histórica nesse processo foi a prisão do General Augusto Pinochet, ex-Presidente e ditador do Chile, ocorrida em Londres, em 1998. A detenção ocorreu em razão de pedido de extradição formulado pela Espanha por motivo de violação a Direitos Humanos. (SIKKINK, 2011).<sup>62</sup>

Apesar dos grandes avanços no processo de internacionalização dos Direitos Humanos e na efetivação da justiça internacional penal, ocorridos no fim do século XX<sup>63</sup>, as mudanças geopolíticas e geoeconômicas trouxeram, também, aspectos negativos:

Uma ordem [do capitalismo globalizado neoliberal], no entanto, rapidamente se viu obrigada a confrontar-se com uns dos desdobramentos mais sombrios da reconfiguração de poder mundial: a multiplicação de conflitos armados de natureza ético-religiosa e de violência fragmentada e predatória que, precipitando a desintegração dos Estados, incrementava o número das vítimas civis e a insegurança e instabilidade regional. Diante desse quadro de “novas guerras” (Kaldor, 2003), massacres em massa e violações dos mais elementares direitos humanos e humanitários que se expandiam nos Bálcãs e em distintas regiões da África e da Ásia, ganhou força e se consolidou nos anos 90 um novo tipo de humanitarismo internacional, sob cujo impulso foram levadas adiante modificações substanciais nos direitos humanos e no direito humanitário, na concepção e execução da ação humanitária, e na implantação da justiça penal

---

determinadas categorias de crimes internacionais.” (FRULLI, 2004, p. 283-284). A autora, em seguida, examina alguns casos em que, num primeiro momento, poder-se-ia falar em imunidade; dentre eles, os casos de *Pinochet* e de *Khadafi*. (2004, p. 290-298). Sobre o tema, cf. ainda Charney. (1999, p. 452).

<sup>61</sup> Assim dispõe o item 1 do mencionado Artigo: “O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena”. Ainda sobre a questão da imunidade, cf. também Sikkink, que examina a situação do ex-Presidente da Iugoslávia Slobodan Milosevic no Tribunal para a ex-Iugoslávia e ainda a de outros chefes de estado. (2011).

<sup>62</sup> Kathryn Sikkink esclarece que a Inglaterra chegou a autorizar a extradição de Pinochet, mas o Governo Britânico, posteriormente, autorizou que ele regressasse ao Chile em razão de seu estado de saúde. Quando faleceu, em 2006, respondia a processos no próprio Chile. (2011).

<sup>63</sup> Gómez caracteriza como aspectos positivos, nesse contexto de globalização pós-Guerra Fria, especialmente a inclusão “em pauta das grandes questões globais (ambientais, direitos humanos, gênero, habitação, desenvolvimento, pobreza etc.) que afligiam a humanidade, atribuindo à ONU centralidade no seu tratamento; desenvolveu mecanismo de governança global nos mais variados domínios; ressaltou as virtudes do mercado e do capitalismo globalizado neoliberal; acenou à participação da sociedade civil global; levantou a noção de segurança humana; e reforçou e legitimou de vez o regime global dos direitos humanos. (Comissão sobre Governança Global, 1995; Falk, 1995)”. (2012, p. 276).

internacional, com implicações diretas sobre a internacionalização da própria noção de justiça transicional. (GÓMEZ, 2012, p. 276-277).<sup>64</sup>

Assim, o êxito gerado pelos Tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e de Ruanda “deram um estímulo final” à criação do Tribunal Penal Internacional.<sup>65</sup> Afinal, ficou demonstrado que as jurisdições nacionais, apesar de signatárias de uma série de documentos internacionais que se obrigam à tutela dos Direitos Humanos, com destaque para a Convenção de Genebra de 1949, não efetivavam as devidas punições. (CASSESE, 2004a, p. 16 e 18).<sup>66</sup>

Assim conclui Cassese:

é a promulgação do Estatuto do TPI que representa o ápice da institucionalização e da universalização das medidas para essa aplicação [do Direito Internacional Humanitário]. O órgão cumpre os propósitos de uma *justiça simbólica* e, com o requisito do apoio dos Estados, também será capaz de proporcionar uma *solução judicial eficaz* que pode distribuir razoavelmente, pelo menos, alguma justiça equitativa e restaurativa. (2004a, p. 19).

Na mesma linha, Gómez também aponta como ponto culminante da justiça penal internacional a criação do Tribunal Penal Internacional (2012, p. 279-280)<sup>67</sup>, que faz parte de um processo envolvendo o regime internacional de

<sup>64</sup> Continua o autor: “A rigor, deflagra-se um intenso trabalho de redefinição e ampliação dos crimes contra a humanidade, crimes de guerra e demais crimes internacionais; reconhecem-se e consagram-se novos direitos das vítimas (à justiça, à verdade, à reparação, à memória, ao luto), junto aos outros direitos universais das pessoas já consagrados; e se estabelece a obrigação vinculante dos Estados de deter as atrocidades e combater a impunidade dos crimes perpetrados sob sua jurisdição ou responsabilidade, investigar a verdade do ocorrido, reparar os danos e sofrimentos ocasionados às vítimas, reformar as instituições predadoras e promover a pacificação e reconciliação das sociedades. (Cassese e Delmas-Marty, 2004; Andriew, 2010)” (2012, p. 278). Essa também é a posição de Lima e Brina (2006, p. 42-43) e de Aragão, que chega a afirmar que a prevalência dos interesses econômicos “aponta para um futuro negro dos direitos humanos” (2000, p. 8) – ressaltando-se apenas a utilização, a nosso ver inadequada, da palavra *negro*. Cf. ainda Kirsch e Robinson (2005, p. 44).

<sup>65</sup> Cassese fala em “importância simbólica” e em “legado moral” de tais Tribunais. (2004a, p. 16). Na mesma linha, leciona Silva: “Naturalmente os dois Tribunais *ad-hoc*, para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda, acentuaram o propósito de criação de um Tribunal Penal Internacional permanente.” (2004, p. 28). Sobre tal questão, afirma Japiassú: “o trabalho dos referidos Tribunais também serviu pelas críticas que receberam, pois eram acusados de constituírem uma justiça parcial e, por isso mesmo, *ad hoc*, já que são seletivas quanto a tempo e a espaço. O Tribunal Penal Internacional, ao contrário, é, por definição, universal e permanente.” (2004, p. 115).

<sup>66</sup> Cassese afirma que “essas disposições [em que os estados se obrigam a punir as graves violações do Direito Humanitário Internacional através de suas respectivas jurisdições nacionais] têm sido, pelo menos até os últimos anos, letra morta.” (2004a, p. 18).

<sup>67</sup> Afirma Gómez: “Mas o ponto culminante foi, sem dúvida, a criação do Tribunal Penal Internacional permanente pelo Tratado de Roma de 1998 e sua entrada em vigor, em 1º de julho de 2002, cujo estatuto define com precisão os crimes internacionais (salvo os crimes de agressão, não por acaso, dada a hierarquia de poder mundial existente), os direitos das vítimas e os deveres dos Estados em relação à investigação, punição e à reparação dos danos e sofrimentos causados.” (2012, p. 280). Japiassú, nessa mesma linha, vangloria a criação do Tribunal: “O resultado da Conferência de Roma é notável, não somente por ter se conseguido realizar um desejo que havia

Direitos Humanos. (2009, p. 77-78).<sup>68</sup> O autor também registra que tal criação está inserida num processo de consolidação da justiça transicional, quando ocorre sua internacionalização, durante a década de 1990 do século XX. (GÓMEZ, 2012, p. 275).<sup>69</sup>

Enfim, nos dizeres de Dornelles e Palop:

A experiência de Auschwitz ainda está presente, não apenas na voz daqueles que lutam para que este modelo deixe de ser uma referência nas práticas políticas contemporâneas, como também desafiando todos os que se alinham no campo da luta pela emancipação humana. (2012, p. 85).<sup>70</sup>

Nesse contexto, ainda não há espaço para que se renuncie à aplicação da justiça penal no plano internacional. Pelo contrário: vive-se uma fase em que a intervenção penal se torna imprescindível em busca da efetivação dos Direitos Humanos no plano internacional – até mesmo porque o processo de internacionalização dos Direitos Humanos não gerou uma “difusão homogênea nas diferentes regiões e países nem se alcançou um patamar de consolidação capaz de garantir maior efetividade ou eliminar os riscos de retrocesso.” (GÓMEZ, 2009, p. 84).<sup>71</sup>

---

desde o fim da Segunda Guerra Mundial, mas que por razões várias, não se conseguia estabelecer anteriormente. Mais impressionante, talvez, tenha sido conseguir algo que muitos consideravam impossível, fazê-lo em apenas cinco semanas.” (2004, p. 115). Silva também registra que “o que sempre esteve presente é que a criação de um Tribunal Penal com aspiração universal seria um passo firme e determinante na consolidação do Direito Penal Internacional.” (2004, p. 16). Por outro lado, registra o autor que seria necessária uma “intensa remodelação daqueles conceitos penais fundamentais que podem constituir uma limitação a um Direito Penal racional no âmbito nacional.” (2004, p. 16). Para mais detalhes sobre tal “remodelação”, cf. capítulo 4 desse estudo.

<sup>68</sup> Gómez define o regime internacional de Direitos Humanos da seguinte forma: “conjunto de valores, declarações, convenções, conferências, estatutos, procedimentos, resoluções, recomendações, dispositivos, mecanismos de controle e instituições multilaterais, aos quais se deve agregar componentes nãoestatais de papel fundamental e crescente: as organizações não governamentais, os movimentos sociais e as redes de ativistas voltados a sua proteção, sua defesa e seu fomento. (Donnelly, 2007; Freeman, 2002)” (2009, p. 78).

<sup>69</sup> Segundo Gómez, a justiça transicional consiste em “processos domésticos e internacionais [...] orientados ao conhecimento de fatos ocorridos, à responsabilidade penal dos culpáveis, à reparação às vítimas, à construção da memória histórica e à reforma das instituições envolvidas.” (2012, p. 262). Assim, não se pode ignorar que a criação do Tribunal Penal Internacional também guarde estreita relação com a concepção de justiça transicional.

<sup>70</sup> Cassese relata que, desde o fim da II Guerra Mundial, “ocorreram cerca de 250 conflitos de caráter internacional e não internacional, os quais, junto com regimes tirânicos, produziram o que se estima em 170 milhões de vítimas e outras consequências danosas inestimáveis. Contudo, os piores autores desses crimes, entre eles alguns ocupando posição de tomada de decisões, e seus principais executores, raramente foram levados a responder por seus delitos e, em consequência, não foram punidos.” (2004a, p. 18).

<sup>71</sup> Segundo o autor, apesar dos notáveis avanços, as deficiências ainda presentes ocorrem principalmente em razão da “forma dominante que assumia a globalização econômica, política e cultural.” (GÓMEZ, 2009, p. 84).



Assim, conforme aponta Charney, *the adoption of the ICC [Tribunal Penal Internacional] statute and the likely establishment of the court could add new vigor to the international criminal law enforcement.* (1999, p. 454).<sup>72</sup>

### 2.3

#### **Da relação entre Direito Penal e ausência de soberania: legitimação baseada na proteção dos Direitos Humanos**

A construção do Direito Internacional Penal, intimamente ligado ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos, faz com que seja necessário reestruturar a relação até então essencial existente entre Direito Penal e soberania. Assim como o incremento do direito internacional relativiza a soberania, o mesmo ocorre com o Direito Internacional Penal – sem que, com isso, esteja se negando a existência de estados soberanos. Nos dizeres de Marriele Maia:

Cabe esclarecer que não se tem a pretensão de, neste estudo, inferir que a soberania dos Estados está-se erodindo – o que seria discutível –, mas a de analisar a mudança na interpretação do conceito (soberania), que tem ocorrido paralelamente à evolução do direito internacional, verificada através da modificação do discurso, nos foros multilaterais, no que se refere principalmente à evocação do princípio da soberania como escusa para o não cumprimento de obrigações internacionais. (2001, p. 35-36).<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Em outro trecho de seu estudo, publicado um ano após a Conferência de Roma, assim afirma Charney: *Although the establishment of the ICC [Tribunal Penal Internacional] may make a difference in the future, heretofore the international community has made only limited use of international courts to adjudicate international human rights law, not to speak of their use for criminal prosecutions. The ICTY [Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia] and the ICTR [Tribunal Penal para Ruanda] were established only recently in the context of a unique confluence of circumstances; as a result, they were granted limited mandates. No other existing international courts even have jurisdiction to entertain international criminal prosecutions. Certainly, the European Court of Human Rights is a notable positive example of an active regional human rights court. It functions, however, in the context of Western developed states that strongly support court enforcement, basic human rights and humanitarian law. Moreover, it has no criminal jurisdiction. The only other functioning international human rights court is the Inter-American Court of Human Rights. It has become active in recent years and achieved moderate success, but it also lacks criminal jurisdiction. The African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter) has no associated human rights court and the regime has not been especially effective. No other region of the world can even boast an international human rights regime, much less a regional international criminal court. Similarly, at the global level there are many international agreements on human rights, humanitarian law and the laws of war. Two significant international organs are the United Nations Economic and Social Council's Human Rights Commission and the Human Rights Committee established under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. Although they increasingly function in a quasi-judicial manner, they also do not have criminal jurisdiction. Thus, the ICC is unprecedented as a potential standing court of global reach with a wide range of international crimes within its jurisdiction* (1999, p. 453).

<sup>73</sup> Cf. item 2.1.

Segundo Ambos, o Direito Internacional Penal<sup>74</sup> consiste na combinação dos princípios do Direito Penal e do Direito Internacional Público. (2014, p. 55). A responsabilidade individualizada é oriunda do Direito Penal, enquanto a definição dos crimes vem do Direito Internacional Público, com base especialmente em Nuremberg. (AMBOS, 2014, p. 55-56). O autor chega a defender a existência do “princípio da responsabilidade penal individual direta no direito internacional público”, bem como a criação de um novo sistema penal, denominado “Sistema de Justiça Penal Internacional.” (2014, p. 56).<sup>75</sup>

Nessa mesma linha é a posição defendida por Delmas-Marty, ao afirmar inclusive que “o equilíbrio é difícil de ser encontrado, pois o direito internacional penal faz, materialmente, parte do direito penal e, formalmente, parte do direito internacional público.” (2004a, p. 111).<sup>76</sup>

É nesse contexto que Kai Ambos aponta que a grande discussão está na existência ou não de legitimidade de um direito penal “sem Estado”, ou “sem soberania”. (2014, p. 58).

Segundo o autor, não há falta de legitimidade, uma vez que se está diante da defesa de uma ordem internacional, ainda que incipiente. Não se pode mais admitir um Direito Penal adstrito aos limites da soberania – sem ignorar a importância do Estado e seu respectivo sistema jurídico. (2014, p. 58).

Ocorre que, atualmente, “os Estados-nação, como sujeitos clássicos do direito internacional, são chamados para aplicar e fazer cumprir não apenas seus direitos penais nacionais, mas também o direito penal internacional” – inclusive delegando tal poder a um tribunal penal internacional, como ocorre no Tribunal Penal Internacional através do Estatuto de Roma ou como já ocorreu com os Tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e de Ruanda, através do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas. (AMBOS, 2014, p. 58-59).

<sup>74</sup> Ambos prefere a expressão “direito penal internacional”, em detrimento de “direito internacional penal”. Tanto é assim que fala num “DPI *stricto sensu* (*Droit pénal international, Derecho penal internacional, Diritto penale Internazionale, Volkerstrafrecht*)” (2014, p. 54). A questão relativa à denominação ainda será examinada no item 4.1. Entretanto, registre-se desde logo que, ao contrário de Ambos, o presente estudo optará pela expressão “Direito Internacional Penal”, com base em Mello (1978, p. 13-14 e 77-78), Cassese (2005b, p. 11-12), Silva (2013, p. 59) e Mantovani (2009, p. 933). Por outro lado, quando for utilizada a obra de Ambos como fonte no presente item, será utilizada a denominação do autor, ou seja, “Direito Penal Internacional”.

<sup>75</sup> Sobre a importância da formação do sistema penal, cf. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2013, p. 22-31). Tal questão será abordada no Capítulo 4, considerando o Direito Internacional Penal.

<sup>76</sup> Cf. ainda Matovani (2009, p. 933-935).

Entretanto, tal delegação seria um fundamento puramente formal do *ius puniendi* internacional, carecendo ainda de um fundamento material, que daria legitimidade à autoridade supranacional “*por direito próprio*”. (AMBOS, 2014, p. 59).

Segundo Ambos, o fundamento material estaria na superação da premissa de que “a existência do direito e de todo ordenamento jurídico pressupõe a existência de um Estado com o respectivo monopólio do poder”. (2014, p. 61-62).<sup>77</sup> A existência do Direito Internacional Público tem como marcos iniciais os Tratados de Westfália, em 1648, ou seja, já é algo que pode ser considerado consolidado.<sup>78</sup> Por outro lado, a intervenção penal no âmbito do Direito Internacional não deixa de ser historicamente recente – seu grande marco foi o Tribunal de Nuremberg, no pós-Segunda Guerra Mundial.<sup>79</sup> Assim, será necessária, ainda, uma plena consolidação desse sistema internacional de justiça penal, tendo como referência o processo de internacionalização dos Direitos Humanos. Disso depende o reconhecimento da plena legitimidade do Direito Internacional Penal.

Insiste-se: existe um ordenamento jurídico internacional vigente, inclusive no âmbito penal, – ainda que se afirme que seja “incipiente”, como já mencionado. (AMBOS, 2014, p. 68).

A posição de Carlos Canêdo também merece destaque:

Quer nos aparecer irrealista, isto sim, confiar-se somente aos Estados a defesa das vítimas e a persecução a quem atenta contra tais direitos, se são eles mesmos (os Estados) seus principais violadores. Destarte, para que determinados direitos sejam o mais possível assegurados, nos parece indispensável sejam eles “internacionalizados” por meio de instrumentos jurídicos que também prevejam, quando necessário, sanções penais contra aquelas pessoas que, na maioria das vezes, em nome do Estado, pratiquem graves atos violatórios a tais direitos. Tudo isso, é claro, sem prejuízo a que cada Estado estabeleça internamente suas regras referentes à tipificação e persecução desses crimes internacionais. (1999, p. 51).

<sup>77</sup> Ambos cita o penalista Gunther Jakobs como seguidor dessa linha. (2014, p. 60-62). Continua Ambos: “Isso corresponde, claramente, à antiga visão hobbesiana, segundo a qual o ‘Direito’ não pode existir sem o Estado como o Leviatã, que cria este direito e garante o seu cumprimento e que, assim, pode, em primeiro lugar, ser reconhecido como direito. Kant adota esta mesma visão assentando a existência do direito que possa se fazer cumprir pelo Poder Público, o qual dispõe da força necessária (para isto). Estas teorias envolvem, claramente, a rejeição do direito internacional como ‘Direito (público)’. De certo modo, Kelsen também seguiu essas perspectivas em teoria pura do direito (*Reine Rechtslehre*)”. (2014, p. 62). Por fim, Ambos apresenta contundentes críticas à posição de Jakobs, que por sua vez baseia sua análise numa visão demasiadamente restrita da validade das normas. (AMBOS, 2014, p. 64 e 67).

<sup>78</sup> Cf. item 2.1.1 e 2.1.2.

<sup>79</sup> Cf. item 2.2.

Portanto, ainda que haja dúvida acerca de uma eventual legitimidade de um Direito Internacional Penal, sem o anteparo de uma soberania estatal, basta que se busque o fundamento na proteção dos Direitos Humanos. Essa é a posição defendida por Kai Ambos:

Levar os direitos humanos e os cidadãos como sujeitos destes direitos a sério muda o foco do coletivo (Estados soberanos) para o individual (cidadãos como sujeitos de direitos), e permite derivar *ius puniendi* das violações a direitos dos indivíduos reconhecidos universalmente, transnacionalmente e interculturalmente. (2014, p. 88-89).<sup>80</sup>

Assim, o indivíduo deixa de considerado objeto, passando a ocupar a posição de beneficiário e sujeito de direito no âmbito do Direito Internacional – e do Direito Internacional Penal –, dentro do processo de internacionalização dos Direitos Humanos. (MAIA, 2001, p. 40).<sup>81</sup> Nesse contexto, não há como negar plena legitimidade ao Direito Internacional Penal.

Assim conclui Kai Ambos:

um *ius puniendi* supranacional pode ser obtido a partir da combinação da incipiente supranacionalidade da ordem mundial (entendida normativamente como ordem de valores) com o conceito de uma sociedade mundial composta por cidadãos mundiais, cujo direito – o “direito dos cidadãos cosmopolitas” (*Weltbürgerrecht*) – deriva de direitos humanos universais, indivisíveis e

<sup>80</sup> De forma mais pormenorizada, defende o autor: “Em última análise, uma abordagem baseada nos direitos humanos essenciais dos cidadãos cosmopolitas nos faz enxergar que um ordenamento jurídico universal, isto é, *a ordem da sociedade mundial de cidadãos mundiais*, é possível pela *força do valor intrínseco de suas normas* [...]. Deste modo, esta abordagem conecta dignidade/direitos humanos com a ideia de uma ordem normativa internacional. O sistema de justiça penal internacional, se não constitui em si mesmo uma verdadeira ordem jurídica, baseia-se nesta ordem fundada em valores e representa, assim, um juízo de valor que expressa a necessidade jurídica e moral de punir a conduta da macrocriminalidade. Seu direito, o DPI, pode ser considerado um progresso da civilização e, neste sentido, um projeto ético. Os crimes internacionais a serem prevenidos e/ou punidos por este direito afetam valores internacionais fundamentais, e eles podem chegar a ser considerados como crimes de *ius cogens*, isto é, crimes de caráter peremptório, não derogável e primordial. Como consequência, um Estado em cujo território tais crimes tenham sido cometidos não pode se esconder atrás de cortinas de um conceito de soberania pós-Westfália, baseado em Grócio, mas precisa garantir que os responsáveis serão responsabilizados; do contrário, a comunidade internacional ou os terceiros Estados (a jurisdição universal) terá que tomar conta deles”. (2014, p. 85-88). Ambos ainda afirma, baseado em Luhmann, que não poderia haver um Legislativo e Judiciário centrais; e, baseado em Habermas, que não poderia haver também o monopólio de um Estado mundial. (2014, p. 86-87).

<sup>81</sup> Continua a autora: “Nesse sentido, entende-se que a superação do debate entre monistas e dualistas no direito tradicional, não há dúvidas de que as pessoas humanas em si mesmas são destinatárias de certas normas internacionais e, por esse modo, a norma que deve prevalecer em uma situação de conflito entre o direito interno e o direito internacional é sempre aquela mais favorável à vítima”. (MAIA, 2001, p. 40-41).

interculturalmente reconhecidos, fundamentados em conceito kantiano de dignidade humana. (2014, p. 2).<sup>82</sup>

## 2.4

### O viés político na criação e na efetivação do Tribunal Penal Internacional

Antes que sejam examinados os aspectos jurídico-penais do Estatuto de Roma<sup>83</sup>, faz-se necessário tecer considerações de natureza política acerca do Tribunal Penal Internacional. Afinal, ainda que porventura possa ocorrer uma completa sistematização no âmbito jurídico das normas previstas no Estatuto, o Tribunal estaria fadado à ineficácia na tutela dos Direitos Humanos caso não se vislumbre um efetivo engajamento político na sua efetivação – especialmente quando se considera o pouco tempo transcorrido desde a implementação da Corte.

Desde a Conferência de Roma, antes mesmo da aprovação do Estatuto, já se vislumbravam as dificuldades inerentes a um acordo que envolvia grandes inovações institucionais. Segundo Kirch e Robinson, a Conferência gerou controvérsias nos aspectos técnicos e políticos. Apesar das divergências de natureza técnica, “as questões de natureza mais política [...] apresentariam dificuldades ainda maiores”. (2005, p. 22).<sup>84</sup>

Japiassú relata que o Comitê de redação da Conferência de Roma concluiu seu trabalho restando apenas alguns poucos artigos que envolviam “questões políticas mais relevantes”. Dentre eles estava a norma que definiria o papel do Conselho de Segurança. (2004, p. 114).

À época dos trabalhos de preparação para a Conferência de Roma, receava-se que a criação do Tribunal Penal Internacional gerasse uma perda de poder por parte dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU. Houve também receio de que, ao contrário, a criação do Tribunal fortalecesse o Conselho de Segurança, isso na hipótese de se depender de autorização deste para atuação daquele. (SILVA, 2004, p. 30).

<sup>82</sup> A posição de Ambos, acima transcrita, guarda estreita relação com o que foi defendido no item 2.1.4.

<sup>83</sup> Cf. capítulos 4 e 5.

<sup>84</sup> Kirch e Robinson continuam insistindo que, quanto aos aspectos técnicos, “fizeram-se avanços lentos, mas firmes”. Por outro lado, nos aspectos políticos, “houve muito pouco progresso” – o que inclusive poderia gerar um atraso de anos na criação do Tribunal. (2005, p. 28 e 30).

Sobre as preocupações dos países membros do Conselho de Segurança, assim relataram Kirch e Robinson:

Os membros permanentes do Conselho de Segurança, com exceção do Reino Unido, [...] compartilhavam algumas preocupações relevantes com relação ao Tribunal. Esses Estados tinham a expectativa de que o Conselho exercesse uma função central, tanto encaminhando questões ao Tribunal quanto filtrando ou obstruindo casos antes que chegassem a ele. Também expressavam preocupação com a jurisdição automática e a proposta de o promotor propor a ação penal. Por fim, não queriam que os crimes de agressão ou uso de armas nucleares fossem incluídos no Estatuto. (2005, p. 25).

Segundo Kaul, ainda durante a Conferência de Roma, “tornou-se claro para a maioria dos delegados, desde logo, que o Conselho de Segurança da ONU teria um papel importante a atuar na jurisdição do Tribunal Penal Internacional”. (2000, p. 117).

Após várias divergências das delegações durante a Conferência, somente no último dia verificou-se uma possibilidade de acordo entre as delegações. Afirmam Kirsch e Robinson que “enquanto nenhum dos lados obtivera tudo o que queria, a maioria visualizava elementos que eram do seu agrado e acordos com os quais poderia conviver”. (2005, p. 30).

Destaca-se a posição adotada pelos Estados Unidos, ao final da conferência: “por outro lado, os Estados Unidos consideravam que não poderiam apoiar o pacote de acordos e faziam *lobby* junto às delegações para que apoiassem ressalvas maiores a algumas disposições da proposta final”. (KIRSCH e ROBINSON, 2005, p. 31).

Choukr e Ambos também registram que “a *atitude* dos EUA em Roma foi, claro, lamentável. Apesar de muitas concessões feitas pelos Estados formadores de opinião, a Delegação dos EUA agarrou-se às suas demandas”. (2000, p. 10).<sup>85</sup>

Já na sessão final do Comitê Pleno, realizada na noite de 17 de julho de 1998, os Estados Unidos chegaram a propor emendas que continham ressalvas à jurisdição do Tribunal, as quais acabaram rejeitadas, por iniciativa especialmente da Noruega, Suécia e Dinamarca. (KIRSCH e ROBINSON, 2005, p. 32).<sup>86</sup>

<sup>85</sup> Entretanto, Choukr e Ambos possuem uma visão otimista sobre a cooperação dos Estados Unidos com relação ao funcionamento do Tribunal. (2000, p. 11). Ainda sobre a postura dos Estados Unidos durante a Conferência de Roma, cf. a análise pormenorizada apresentada por Kreb. (2004).

<sup>86</sup> Kirsch e Robinson também relatam que a Índia apresentou uma proposta, na sessão final do Comitê Pleno, visando à limitação do Conselho de Segurança e à inclusão da proibição de armas nucleares, ficando vencida. Isso porque, apesar do apoio de vários países quanto às propostas, não

Boiteux também registra a resistência de “quatro fortes países: EUA, Índia, China e Israel”. (2007, p. 91).<sup>87</sup>

Há ainda o relato de William A. Schabas: *during the negotiations to establish the Court, the United States had made many constructive and helpful contributions. Nevertheless, it was unhappy with the final result.* (2007, p. 24).

Finalmente, o Estatuto de Roma foi aprovado por 120 votos favoráveis, 7 desfavoráveis e 21 abstenções. Os votos contrários foram dos seguintes países: Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia (JAPIASSÚ, 2004, p. 113; KAUL, 2000, p. 120; BOITEUX, 2007, p. 91; ARAGÃO, 2000, p. 63) – apesar de existir certa divergência acerca de quem realmente foram os votos divergentes.<sup>88</sup>

A título de conclusão acerca da posição dos Estados Unidos na versão final do texto aprovado em Roma, assim relatam Kirch e Robinson:

Deve-se enfatizar que, embora nem todas as posições formuladas pelos Estados Unidos constassem do Estatuto do TPI, a delegação norte-americana acabou sendo extremamente eficaz na promoção das visões do país e em fazer com que o Estatuto as refletisse. Na verdade, parece razoável sugerir que os Estados Unidos tiveram um impacto sobre o Estatuto maior do que qualquer outro país, já que um grande número de suas disposições e de seus aspectos foi desenvolvido para refletir ou acomodar suas preocupações e prioridades. Muitas dessas disposições foram projetadas para aumentar a eficácia do Tribunal. (KIRSCH e ROBINSON, 2005, p. 46).

---

seria mais possível construir um acordo político já no encerramento da Conferência. (2005, p. 31-32). Para maiores detalhes sobre as propostas restritivas dos Estados Unidos, cf. Kaul (2000).

<sup>87</sup> Aragão segue a mesma linha: “A Conferência começou seus trabalhos com debate geral de alto nível ministerial [...]. Ao final do debate, os participantes demonstraram um certo pessimismo quanto à adoção por consenso de um documento final, devido à divergência sobre questões essenciais. As negociações sobre a competência e o direito aplicável, por exemplo, terminaram apenas a horas do final da conferência. As discussões foram particularmente duras no que dizia respeito à competência da corte, à aceitação da competência pelos Estados não-signatários, ao papel do Conselho de Segurança e ao poder do Procurador”. (2000, p. 64).

<sup>88</sup> Kirsch e Robinson afirmam na nota 35 que, “como a votação não foi registrada, não se sabe com certeza quais Estados votaram a favor, contra ou se abstiveram”. Por outro lado, afirmam que três membros permanentes do Conselho de Segurança votaram favoravelmente: Reino Unido, França e Rússia. Assim, concluem que o Tribunal “conta com mais apoio político do que muitos observadores esperavam”. (2005, p. 32 e 43). Charney registra que os Estados Unidos votaram contrariamente, acrescentando: *Since the vote was unrecorded, the identities of the other opposing states are not certain. There is little doubt, however, that they included China, Israel, Libya and Iraq.* (1999, p. 454).

Por fim, tem-se que Aragão afirma que “apesar das divergências, o Estatuto foi visto por todos como um bom instrumento que precisa ser aperfeiçoado, e, portanto, as posições nacionais foram deixadas de lado em nome do espírito de flexibilidade”. (2000, p. 65).

Ao mesmo tempo, Kirsch e Robinson afirmam que os Estados Unidos – e outros países – seriam “hesitantes” sobre o funcionamento do Tribunal. (2005, p. 46).<sup>89</sup>

Uma vez aprovado o Estatuto, torna-se necessário examinar o papel que o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas passou a ter no funcionamento do Tribunal Penal Internacional. As principais normas acerca de tal órgão estão nos Artigos 13 e 16.

O Artigo 13 trata do “Exercício da Jurisdição”, prevendo que o Tribunal poderá atuar em três situações. Duas delas não guardam relação com o Conselho de Segurança: quando um Estado parte denunciar ao Procurador do Tribunal a existência de indícios de crime de sua competência, ou quando o próprio Procurador der início a um inquérito. A última situação, que efetivamente chama a atenção, é a seguinte: o Tribunal também poderá atuar quando o Conselho de Segurança denunciar ao procurador a prática de determinado(s) crime(s).<sup>90</sup>

Nada mais natural do que dar legitimidade para provocar a atuação do Procurador a um órgão que possui tamanha relevância na Carta das Nações Unidas. A propósito, a abertura de inquérito formal pelo Tribunal no caso relativo a Darfur, Sudão, foi provocado com base no Artigo 13 do Estatuto. Trata-se da Resolução 1593, de 2005, do Conselho de Segurança (AMBOS, 2007, p. 75).<sup>91</sup>

Enquanto a norma acima mencionada se revela pertinente, o mesmo não se pode afirmar quanto ao Artigo 16 do Estatuto, que trata do “Adiamento do Inquérito e do Procedimento Criminal”. Prevê tal Artigo:

Nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o

<sup>89</sup> Cf. Aragão (2000, p. 66-67) e Schabas. (2007, p. 24-32).

<sup>90</sup> A redação do Artigo 13 é a seguinte:

“O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrida a prática de um ou vários desses crimes;  
b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrida a prática de um ou vários desses crimes; ou  
c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.”

<sup>91</sup> Kai Ambos afirma que tal Resolução “foi adotada por 11 votos a favor e 9 contra, com 4 abstenções (Argélia, Brasil, China e Estados Unidos)”. (2007, p. 75).



pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições. (1998).

Sendo assim, o Conselho de Segurança pode suspender o andamento do procedimento no âmbito do Tribunal, ainda que com uma limitação temporal. Trata-se de uma nítida limitação ao exercício da jurisdição.

Essa previsão normativa não tardou em ser utilizada como um instrumento americano “pela limitação do raio de atuação do Tribunal”. (KREB, 2004, p. 48). Através da Resolução 1422 de 12 julho de 2002, o Conselho de Segurança das Nações Unidas

solicitou [...] que o Tribunal Penal Internacional, na ocorrência de um caso envolvendo autoridades antigas ou atuais colaboradores de um Estado que não é parte do Estatuto de Roma, ou atos ou omissões relacionados com alguma operação autorizada ou organizada pelas Nações Unidas, que inicie ou proceda a uma investigação ou persecução a tais casos, por um período de doze meses, começando em 01 de julho de 2002, a não ser que o Conselho de Segurança decida de outro modo. (KREB, 2004, p. 48).

O autor afirma que tal Resolução é fruto de uma reação dos Estados Unidos, originada no fim da Conferência de Roma, quando já questionavam o alcance da jurisdição do Tribunal. (KREB, 2004, p. 49). Em 31 de dezembro de 2000, o Presidente Clinton acabou subscrevendo o Estatuto, dando “esperança de que as relações de uma coexistência pacífica entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados Unidos pelo menos pudessem ser consolidadas”. (KREB, 2004, 52). Kirsch e Robinson também tinham a mesma esperança, pois acreditavam que o Conselho de Segurança não determinaria a suspensão de casos, salvo em situações manifestamente excepcionais. (2004, p. 38).<sup>92</sup>

Entretanto, esse movimento acabou se invertendo, a partir do Governo Bush (KREB, 2004, p. 52). Assim, os Estados Unidos acabaram por condicionar sua participação nas forças militares da ONU, especialmente na Bósnia, à aprovação de uma Resolução amparada no Artigo 16 do Estatuto de Roma. Dessa forma, surge a Resolução 1422. (KREB, 2004, p. 52-53).<sup>93</sup> O autor relata que,

<sup>92</sup> Os autores, na nota 54, assim se posicionam: “Dada a percepção da impossibilidade de todos os cinco membros permanentes concordarem em uma solicitação tão polêmica ao TPI, esperava-se que essa disposição só viesse a ser utilizada nos casos em que ficasse extremamente claro ser necessária para a manutenção da paz e da segurança”. (2004, p. 38).

<sup>93</sup> Relata Kreb: “Apesar desta reação quase unânime [à proposta de Resolução], os Estados Unidos insistiram na essência da sua proposta e mantiveram a ameaça do seu veto [à prorrogação das forças de estabilização multinacional na Bósnia]. Sob esta ameaça, e em face do apoio que os Estados Unidos receberam do Reino Unido, em um momento crucial das tensas negociações, os

antes da votação no Conselho de Segurança, o Brasil e outros países “questionaram a legitimidade da resolução”. (KREB, 2004, p. 53).

Como era de se esperar, as críticas à Resolução vieram de vários países e ainda de centenas de organizações não governamentais. Ocorreram inclusive questionamentos quanto à legalidade da Resolução, visto que seria questionável se o Artigo 16 do Estatuto de Roma permitiria um adiamento geral (como prevê a Resolução) ou apenas direcionado a um caso específico. (KREB, 2004, p. 54-55).

Assim, fica patente que o Estatuto de Roma legitima que, por razões de conveniência política, especialmente da parte da “superpotência solitária”<sup>94</sup>, pode ocorrer a inviabilização da atuação do Tribunal Penal Internacional por meio de arranjos levados a cabo no âmbito do Conselho de Segurança da ONU – como sucedeu por ocasião da Resolução 1422.<sup>95</sup>

E a atuação dos Estados Unidos não se restringiu a viabilizar a criação da mencionada Resolução. Kreb ainda relata:

A atual liderança política dos Estados Unidos pôs em vigor o assim chamado ato de Proteção dos Membros dos Serviços Americanos que, contrariamente à Carta das Nações Unidas, inclui a autorização de utilizar força armada para libertar qualquer soldado americano detido por ou à requisição do Tribunal Penal Internacional [...]. Além disso, a administração dos Estados Unidos decidiu realizar acordos bilaterais com diversos Estados Partes do Estatuto do Tribunal Penal Internacional como possibilidade de isentar cidadãos americanos da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. (2004, p. 59).<sup>96</sup>

Portanto, é nítida a intenção dos Estados Unidos de frustrar a atuação do Tribunal Penal Internacional. Assim, receia-se que a atuação do Tribunal fique restrita a lesões praticadas contra cidadãos de países de maior expressão por agentes oriundos de países sem expressão no plano internacional – e jamais o

---

outros membros do Conselho de Segurança finalmente cederam e aprovaram a Resolução 1422.” (2004, p. 53).

<sup>94</sup> A expressão é mencionada por Kreb, numa nítida alusão aos Estados Unidos. (2004, p. 56).

<sup>95</sup> Nos dizeres de Kreb: “não é aceitável utilizar o Conselho de Segurança para abreviar as competências que têm sido confiadas ao Tribunal Penal Internacional, em consonância com o Direito Internacional”. (2004, p. 59).

<sup>96</sup> Ainda sobre o papel americano, cf. Geiger (2004, p. 76). Digna de menção é a análise apresentada por Gómez. Apesar de ele não se referir ao Tribunal Penal Internacional, sua posição guarda consonância com o que foi aqui exposto: “resulta inegável que os Estados Unidos, pela gravitação e pelo alcance global de suas decisões estratégico-militares e de segurança, têm sido os responsáveis maiores pela interrupção abrupta da tendência histórica de mais de meio século do Direito Internacional de estender ao máximo a proteção jurídica de todas as pessoas – inclusive de estrangeiros e ‘combatentes irregulares’ – contra atos de barbárie.” (2009, p. 87). Também Charney se posiciona nessa mesma linha: *If the United States and other important states do not support the court, it will face almost insurmountable obstacles as it seeks to prosecute persons for international crimes* (1999, p. 460).

contrário. Tratando de justiça transicional<sup>97</sup>, mas com conclusão também aplicável ao Tribunal Penal Internacional, assim afirma Gómez:

... salvo nos casos de Estados periféricos fracos e sociedades atomizadas (onde, de fato, a intervenção internacional age sem maior constrangimento inicial para impor quase à risca o modelo internacionalizado), são conhecidos os problemas de efetividade, ambivalência e seletividade que afetam a internacionalização dos direitos humanos e do direito humanitário, não obstante os avanços registrados nas duas últimas décadas nos planos global e regional. (2012, p. 263).

Charney inclusive demonstra receio de assegurar que o Tribunal Penal Internacional se tornará uma boa iniciativa para reprimir as graves violações aos Direitos Humanos, exatamente em razão do contexto político em que está inserido. (1999, p. 459).<sup>98</sup> Afinal, um tribunal internacional depende da cooperação entre os Estados. (AMBOS, 2007, p. 79).<sup>99</sup>

Por fim, aplica-se a conclusão de Kirsch e Robinson:

O Estatuto de Roma proporciona estrutura para uma nova instituição extraordinária, mas, ao fim e ao cabo, sua vitalidade e seu impacto dinâmico dependerão da dedicação e da capacidade de sua equipe, e do apoio político que receber dos Estados e da população mundial. É claro que não se espera que o TPI ponha fim às atrocidades que continuam a chocar a consciência da humanidade, mas, com apoio, pode ajudar a deter alguns dos piores crimes e ajudar a manter a estabilidade e o estado de direito.” (2005, p. 47).<sup>100</sup>

<sup>97</sup> Cf. item 2.2, nota 69, quando é apresentada a definição de justiça transicional de Gómez. (2012).

<sup>98</sup> Afirma o autor: *Because international crimes almost always occur in a political context, one cannot be certain whether the creation of the ICC was a "feel good" agreement or a genuine commitment by states to support international prosecutions of such crimes in relative independence from the political context. As mentioned above, examples abound of major violations of international criminal law whose prosecution has not been seriously pursued by any state or international body. A particularly instructive case is that of Iraq, whose citizens remain unaccused despite strong Security Council involvement, the active use of force against that country and the rather clear violations of international criminal law. While there is much apparent support for the ICC, as evidenced by the vote in Rome, its depth is unknown. We do not yet know how many of the states that voted for the statute will actually ratify and fully implement it domestically. Some important states either abstained or voted against the statute.* (CHARNEY, 1999, p. 459).

<sup>99</sup> Afirma Ambos: “é evidente que são necessárias regras e princípios em cooperação entre tribunais internacionais e Estados.” (2007, p. 80). O autor fala ainda da necessidade de existência de leis de cooperação entre os Estados partes, ressaltando que poucos as implementaram – como ocorreu, e.g., na Alemanha. (2007, p. 82 e 87). Nessa mesma linha é a posição defendida por Álvarez: *Así, pese a que acertadamente se ha afirmado que la CPI depende plenamente de la cooperación de los Estados Parte para cumplir con éxito sus objetivos, no sería exagerado afirmar que si la “general obligación de cooperar”, por usar las palabras del Estatuto de la Corte, no se lleva a cabo a diario y a todos los niveles, la Corte sencillamente se quedará reducida a aquella expresión que siempre me pareció especialmente ilustrativa: “una (gran) cabeza sin manos.”* (2015, p. 14).

<sup>100</sup> Essa também é, de certa maneira, a conclusão de Charney: *While the political obstacles faced by the ICC may be daunting, one could view this situation through a more optimistic lens. If it is established, even under uncertain circumstances, the court could play an important role in developing international criminal law for international and domestic enforcement. The mere*

## 2.5

### A importância do Tribunal Penal Internacional na busca da superação do Estado de Exceção Permanente

A criação do Tribunal Penal Internacional se insere como uma tentativa de naturezas política e jurídica para o incremento do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. Em outras palavras, trata-se de uma medida que busca a superação do estado de exceção permanente – ainda que não seja possível inferir, atualmente, qual seja a sua eficácia.

Para o senso comum, estado de exceção seria uma situação excepcional, até mesmo pelo significado da própria palavra “exceção”.

Nesse contexto e no âmbito da teoria política, a principal tentativa de construir uma teoria sobre o estado de exceção está na obra de Carl Schmitt, segundo observou Agamben. (2004, p. 53). A posição schmittiana defende que o estado de exceção depende de uma decisão do soberano – o que demonstra a excepcionalidade da situação. (REISS, 2014, p. 37). E, para ele, o soberano é o “guardião da Constituição”. Nos dizeres de Schmitt:

O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. [...] Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. (2007, p. 232-233).<sup>101</sup>

---

*existence of the institution, not to speak of prosecutions, might increase the prominence and legitimacy of this law. Certainly, despite the charge that the Nuremberg and Tokyo Tribunals reflected the victors' vengeance over the vanquished, they promoted the development of international criminal law. The recently established ICTY and ICTR, despite their difficulties and the fifty-year hiatus since World War II, have strengthened that law and facilitated the negotiation of the ICC statute. If handled well, the ICC may surmount its disabilities and lead the way toward the development of more effective international criminal law. As the purpose of law is to mold the behavior of its subjects in the face of some contrary predispositions, the ICC could serve that purpose by making international criminal law more efficacious both within and beyond the court.* (1999, p. 464). Pertinente mencionar ainda a conclusão de Ambos: “As grandes expectativas que recaem sobre o TPI podem justificar sua grande carga de trabalho, que acaba gerando improdutividade. Assim, cuidado e uma dose de *Realpolitik* vindos de alguns colaboradores não governamentais são necessários. Neste momento, o TPI, pelo menos o Gabinete do Procurador, opera em sua capacidade máxima.” (2007, p. 89).

<sup>101</sup> Segundo Agamben, Schmitt confunde estado de exceção e ditadura. (2004, p. 75).

Por outro lado, os constantes abusos estatais praticados na história revelam que aquilo que é pensado como exceção na verdade não o é.

Essa posição é claramente defendida por Walter Benjamin ao apresentar suas teses “Sobre o conceito de história”. Em sua Tese VIII, Benjamin afirma:

A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso. (...) O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos ‘ainda’ sejam possíveis ainda no século XX não é *nenhum* espanto filosófico. (1987, p. 224).

Chama a atenção o fato de o escrito ser de 1940, ou seja, antes da implementação da solução final nazista.<sup>102</sup> Nessa época, ainda no início da II Guerra Mundial, Benjamin já defendia que não se podia conceber o chamado estado de exceção como um período pontual, como se estivesse separado de algo que pudesse ser rotulado como “normal”. (REISS, 2014, p. 38-39).

Trata-se de uma posição que contrapõe ao que foi defendido por Schmitt. É o que afirma Agamben, ao examinar a Tese VIII “Sobre o conceito de história” de Benjamin:

Nesse sentido, a indiscernibilidade entre norma e exceção, enunciada na oitava tese, deixa a teoria schmittiana em situação difícil. A decisão soberana não está mais em condições de realizar a tarefa que a *Politische Theologie* lhe confiava: a regra, que coincide agora com aquilo de que vive, se devora a si mesma. Mas essa confusão entre a exceção e a regra era exatamente o que Terceiro Reich havia realizado de modo concreto, e a obstinação com que Hitler se empenhou na organização de seu ‘Estado dual’ sem promulgar uma nova constituição é a prova disso (nesse sentido, a tentativa de Schmitt de definir a nova relação material entre Führer e povo no Reich nazista estava condenada ao fracasso). (2004, p. 91).

Sendo assim, houve nítida motivação política para que o estado de exceção perdurasse de forma institucionalizada durante o governo nazista alemão. (REISS, 2014, p. 39).

A posição de Benjamin no sentido da exceção ser a regra fica ainda mais nítida na leitura da tese seguinte “Sobre o conceito de história”, a tese IX – onde é

<sup>102</sup> Sobre tal aspecto histórico, afirma Lowy: “É preciso dizer, em defesa de Benjamin, que as manifestações mais características dessa inovação histórica – o sistema relativo aos campos de concentração, as indústrias da morte, o extermínio industrial dos judeus e dos ciganos – somente vão se desenvolver com toda a sua força aterrorizante após sua morte, ao longo dos anos 1941-1945.” (2005, p. 84).

descrita a interpretação do autor sobre o quadro “Angelus Novus”, do pintor Paul Klee.<sup>103</sup>



A pintura revela um anjo, apresentado de frente, e com suas asas abertas. A interpretação que Benjamin dá ao quadro é no sentido de o rosto do anjo estar de frente ao passado, de forma que ele vê só desastres e catástrofes. Apesar de tentar alguma iniciativa para modificar a situação, a tempestade empurra suas asas rumo ao futuro. A tese se encerra da seguinte maneira: “O que nós chamamos de progresso é *essa* tempestade.” (BENJAMIM, 1984, p. 230).<sup>104</sup>

<sup>103</sup> A referida obra está no Museu de Israel, em Jerusalém. O arquivo inserido no texto foi retirado da seguinte página na rede mundial de computadores. <http://www.paul-klee.org/angelus-novus/> Acesso em 05.abr.2017.

<sup>104</sup> A íntegra da tese IX é a seguinte: “Existe um quadro de Klee que se chama ‘Angelus Novus’. Nele está representado um anjo, que parece estar a ponto de afastar-se de algo que crava o seu olhar. Seus olhos estão arregalados, sua boca está aberta e suas asas estão estiradas. O anjo da história tem de parecer assim. Ele tem seu rosto voltado para o passado. Onde uma cadeia de eventos aparece diante de *nós*, *ele* enxerga uma única catástrofe, que sem cessar amontoa escombros sobre escombros e os arremessa a seus pés. Ele bem que gostaria de demorar-se, de despertar os mortos e juntar os destroços. Mas do paraíso sopra uma tempestade que se emaranhou em suas asas e é tão forte que o anjo não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, para o qual dá as costas, enquanto o amontoado de escombros

Fica nítido que a Tese IX revela uma premonição de Benjamin, como ressaltou Lowy:

tem [a Tese IX] uma dimensão profética: seu prenúncio trágico parece anunciar Auschwitz e Hiroshima, as duas grandes catástrofes da história humana, as duas destruições mais monstruosas que vieram coroar o amontoado que ‘cresce até o céu’. (2005, p. 87).

A Tese IX acaba por estabelecer uma nítida relação entre progresso e catástrofe. É uma visão que se opõe à tradicional doutrina “progressista”, que entende o progresso apenas sob o prisma da evolução. Na verdade, a doutrina “progressista” apresenta a história dos vencedores. Por outro lado, Benjamin apresenta uma desmitificação do progresso. (LOWY, 2005, p. 90-91). Sua leitura evidencia não a história dos vencedores, mas sim a violência deles. Tal visão corrobora o que já foi dito acerca da posição benjaminiana de estado de exceção. (REISS, 2005, p. 40-41).<sup>105</sup>

---

diante dele cresce até o céu. O que nós chamamos de progresso é *essa* tempestade.” (BENJAMIN, 1987, p. 230).

<sup>105</sup> Como já exposto em outra oportunidade (REISS, 2014, p. 42-45), tal posição de Benjamin guarda consonância com a exposição de Max Horkheimer acerca da contraposição entre a “concepção tradicional de teoria”, ou teoria tradicional, e a teoria crítica. Horkheimer é tido como fundador da definição conceitual da chamada teoria crítica. Marcos Nobre, examinando a obra de Horkheimer, afirma que “o modelo tradicional de teoria separa o cientista social do agente social”. Assim, não caberia “ao cientista fazer qualquer *avaliação* do objeto estudado, mas tão somente a sua classificação e explicação segundo os parâmetros neutros do método.” (2008, p. 43). A doutrina “progressista”, acima apresentada e que entende o progresso de forma positiva, é claramente oriunda da teoria tradicional. Isto porque, “segundo Horkheimer, [...] em nome de uma pretensa neutralidade da descrição, a teoria tradicional resigna-se à forma histórica presente da dominação” (NOBRE, 2008, p. 44). Ou seja, entender o progresso como uma evolução positiva exige que se afaste da realidade e se ignore a violência dos vencedores. Por outro lado, fica nítido que a leitura que Walter Benjamin faz do progresso se associa com a teoria crítica apresentada por Max Horkheimer. Segundo Marcos Nobre, “o *comportamento crítico*, que pretende conhecer sem abdicar da reflexão sobre o caráter histórico do conhecimento produzido [...]. Portanto, cabe à Teoria Crítica eliminar essa parcialidade da teoria tradicional.” (2008, p. 44-45). A questão não é simplesmente ignorar a teoria tradicional, mas “dar a ela a consciência completa de sua limitação [...]”; só assim a teoria tradicional pode superar sua função de legitimação da dominação.” (NOBRE, 2008, p. 45). Assim, o progresso para Benjamin revela uma posição associada à teoria crítica. Afinal, só esta tem condições de focar na violência dos vencedores e enfatizá-la. A teoria tradicional só busca a história dos vencedores. Já a teoria crítica, como movimento intelectual e político, pretende exatamente superar as condições de dominação, transformando a sociedade. Não sem razão que Walter Benjamin e Max Horkheimer foram ligados ao Instituto de Pesquisa Social, que acabou conhecido como “Escola de Frankfurt” – apesar de o primeiro tradicionalmente ser vinculado a questões ligadas à crítica da cultura, e o segundo, à filosofia. É possível estabelecer ainda uma ligação entre as posições de Horkheimer acerca da teoria crítica e o que é defendido por Boaventura de Sousa Santos. Este parte da teoria crítica e prega ainda uma nova leitura, mais atualizada. A seguinte passagem revela bem o seu elo com a teoria crítica, com considerações atualizadas: “Hoje vivemos um problema complicado, uma discrepância entre teoria e prática social, que é nociva para a teoria e também para a prática. Para uma teoria cega, a prática social é invisível; para uma prática cega, a teoria social é irrelevante. [...] necessitamos é de um novo modo de produção de conhecimento. Não necessitamos de alternativas, necessitamos é de um pensamento alternativo às alternativas. [...] Vamos, portanto, discutir como podemos; no que diz

Reyes Mate, ao abordar a posição de Benjamin, afirma:

*El pensador alemán denuncia esas teorías de la historia por ideologías del progreso y las rechaza en base a dos razones. La primera, por confundir arteramente progreso técnico con progreso moral. (...) La segunda crítica se dirige al carácter inagotable, perfectible e invencible del progreso. (2008, p. 165-166).*

Ainda sobre Benjamin, tem-se que, segundo Dornelles e Palop:

A reflexão de Benjamin propõe um novo conceito de história que incorpora a barbárie como parte da realidade contemporânea e não a história oficial mitificadora como fim, que considera destruição e a violência como o custo ‘aceitável’ do progresso. (2012, p. 89).<sup>106</sup>

Nesse mesmo sentido é a proposta de Theodor W. Adorno. Segundo Zamora, ao tratar da obra de Adorno: “Auschwitz rasgou definitivamente o véu do otimismo que ocultava as contradições do progresso libertador moderno.” (2008, p. 14). Continua Zamora:

Depois de Auschwitz e de Hiroshima, à vista do destino que sofrem os empobrecidos do Terceiro Mundo e da ameaçante inabitabilidade do planeta, caiu arruinada em pedaços a identificação entre Modernidade e progresso (...). Os horrores do processo colonizador, os custos humanos e sociais da industrialização, as guerras dos últimos séculos, as formas de embrutecimento que o capitalismo selvagem impôs aos indivíduos, os inúmeros genocídios da Era Moderna, etc., não permitem abrigar dúvidas sobre a existência de um vínculo entre Modernidade e a barbárie [...]. Aos que se surpreendem desse vínculo, talvez fosse adequado recordar-lhes as palavras de W. Benjamin, em sua tese VIII sobre o conceito de história. (2008, p. 20-21).

Retornando à discussão anterior, tem-se que, por mais que o holocausto nazista tenha revelado o ápice da barbárie na história da humanidade<sup>107</sup>, não se

---

respeito à ciência, ser objetivos, mas não neutros; como devemos distinguir entre objetividade e neutralidade. Objetividade, porque possuímos metodologias próprias das ciências sociais para ter um conhecimento que queremos que seja rigoroso e nos defenda de dogmatismos; e, ao mesmo tempo, vivemos em sociedades muito injustas, em relação às quais não podemos ser neutros.” (2007, p. 20 e 23). Acerca da ligação entre Boaventura de Sousa Santos e a teoria crítica, digno de destaque é o próprio nome de uma de suas obras: “Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.” (2007). A teoria tradicional pretende, ao contrário de Horkheimer e Sousa Santos, exatamente ignorar a injustiça social e, conseqüentemente, perpetuá-la. Nesse ponto está a importância da teoria crítica.

<sup>106</sup> Aragão segue a mesma linha ao defender que “barbárie e história sempre caminharam juntas. Tentar buscar uma ligação entre civilização e humanismo é um exercício em vão.” (2000, p. 72).

<sup>107</sup> Apesar da farta literatura sobre o holocausto nazista, poucos conseguiram descrever a efetiva realidade levada a cabo pela Alemanha. Primo Levi, sobrevivente italiano, é um dos poucos exemplos. Digna de menção é sua obra “É isto um homem?” (1988), tida como a obra inaugural da literatura de testemunho. Outro que conseguiu realizar tal façanha foi Giorgio Agamben. Apesar de não ter vivido a perseguição nazista, sua obra político-filosófica trata longamente da barbárie,



pode afirmar que a existência de um estado de exceção só venha ocorrer em períodos como o da II Guerra Mundial – como quer fazer crer a doutrina tradicional. O único ponto que revela certa peculiaridade é que o Terceiro Reich simplesmente institucionalizou formalmente a exceção, como já foi dito. Essa é a posição defendida por Benjamin: o nazi-fascismo foi simplesmente uma expressão mais recente e violenta do que o progresso pode gerar – ressaltando uma vez mais que Benjamin, falecido em 1940, não vivenciou o auge da barbárie nazista.<sup>108</sup>

Agamben, além de descrever a realidade do holocausto, especialmente em Auschwitz<sup>109</sup>, também examina o estado de exceção – dada a “situação extrema”, ou “situação limite”, presente nos campos nazistas. (2008, p. 56). Entretanto, acaba por concluir que o estado de exceção não foi pontual, já que o governo alemão optou por prolongá-lo, como forma de legitimar os abusos:

Os nazistas tinham compreendido tão bem o poder secreto presente em toda situação extrema que eles nunca revogaram o estado de exceção que haviam decretado em fevereiro de 1933, no dia seguinte à tomada de poder, de forma que o Terceiro Reich pôde ser definido justamente como ‘uma noite de São Bartolomeu que durou 12 anos’. (2008, p. 57).

Por outro lado e como já foi dito, o que ocorreu entre 1933 e 1945 foi apenas a institucionalização de algo que já ocorre de forma perene e muitas vezes até dissimulada, o estado de exceção.

A definição de Agamben para estado de exceção merece ser apresentada. Para ele, ocorre a

abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. (...) É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor. (2004, p. 48-49).

---

especialmente em “O que resta de Auschwitz” – onde inclusive cita Levi. (2008, p. 55 e 70). Um importante relato histórico também é apresentado por Arendt. (1999).

<sup>108</sup> Falando no plano da suposição: mesmo não tendo vivenciado a solução final, seus escritos levam a crer que não mudaria de posição caso tivesse vivido até o final da II Guerra Mundial. Pelo contrário: suas posições estariam reforçadas.

<sup>109</sup> Agamben assim descreve o principal e maior campo de extermínio nazista: “Em Auschwitz não se morria: produziam-se cadáveres. Cadáveres sem morte, não-homens cujo falecimento foi rebaixado a produção em série. É precisamente a degradação da morte que constituiria, segundo uma possível e difundida interpretação, a ofensa específica de Auschwitz, o nome próprio do seu horror.” (2008, p. 78). A análise de tal obra de Agamben já justificaria um estudo a parte.

Assim, a institucionalização do estado de exceção pelo governo nazista apenas buscou legitimar os excessos característicos do governo alemão durante esse período histórico.

Apesar da realidade não mais buscar a legitimação das barbáries por meio da decretação formal do estado de exceção, não se pode concluir que esse só viria ocorrer pontualmente. É o que foi defendido por Benjamin e também por Agamben, que assim se manifestou já ao final de sua obra sobre o tema:

O que procuramos mostrar é, justamente, que ela [a exceção] continuou a funcionar quase sem interrupção a partir da Primeira Guerra Mundial, por meio do fascismo e do nacional-socialismo, até nossos dias. O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito. (...) O retorno do estado de exceção efetivo em que vivemos ao estado de direito não é possível, pois o que está em questão agora são os próprios conceitos de ‘estado’ e de ‘direito’. (2004, p. 131).

A propósito, o ponto de maior destaque em Agamben está na sua afirmação de que utiliza-se de “violência governamental”, dissimulando o que seria a “aplicação do direito”. Na verdade, se está praticando – ainda que de uma maneira não “oficializada” – o estado de exceção. Não se tem “aplicação do direito”, senão de uma forma dissimulada.

Nessa mesma linha é a posição de Theodor W. Adorno, que inclusive foi extremamente influenciado por Benjamin. Ao tratar da obra de Adorno, assim afirma Zamora:

A amizade e o intenso diálogo intelectual com W. Benjamin, um daqueles ‘alertadores do fogo’, que alertaram em razão de que se aproximava com a intenção de impedir seu cumprimento, aumentou sua capacidade para captar o ‘estado de exceção’ que, elevado à categoria de ‘regra’, torna-se irreconhecível inclusive para suas vítimas. (ZAMORA, 2008, p. 12).

É o caso de se destacar tal ponto da análise: a partir do instante em que a exceção se torna regra, torna-se “irreconhecível” para as vítimas, inviabilizando eventuais questionamentos. Como foi dito por Agamben acima, não se aplica o direito, apenas se dissimula sua aplicação. Zamora inclusive associa o genocídio “com a ‘normalidade’ da vida cotidiana”. (2008, p. 22).

Reyes Mate também defende a mesma linha ao afirmar: *No es que en Auschwitz apareciera algo inédito, que solo tiene valor después de 1945.* (2008, p. 170).<sup>110</sup>

O que foi até aqui dito – o estado de exceção, na verdade, é a regra geral – em princípio não deixaria espaço para boas perspectivas. Por outro lado, grande parte dos autores até aqui mencionados expõem suas considerações sobre como superar o estado de exceção permanente.

Agamben defende que seria papel da política romper com esse ciclo perene do estado de exceção:

Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome ‘política’. A política sofreu um eclipse duradouro porque foi contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se reduz simplesmente a poder de negociar com o direito. Ao contrário, verdadeiramente política é apenas aquela ação que corta o nexo entre violência e direito. E somente a partir do espaço que assim se abre, é que será possível colocar a questão a respeito de um eventual uso do direito após a desativação do dispositivo que, no estado de exceção, o ligava à vida. Teremos então, diante de nós, um direito ‘puro’, no sentido em que Benjamin fala de uma língua ‘pura’ e de uma ‘pura’ violência. A uma palavra não coercitiva, que não comanda e não proíbe nada, mas diz apenas ela mesma, corresponderia uma ação como puro meio que mostra só a si mesma, sem relação com um objetivo. E, entre as duas, não um estado original perdido, mas somente o uso e a práxis humana que os poderes do direito e do mito haviam procurado capturar no estado de exceção. (2004, p. 133).

Essa posição, que não é absolutamente pessimista, guarda consonância em certo aspecto com o que foi defendido por Benjamin. Para ele, por mais que a “exceção seja a regra” e que haja uma relação entre progresso e catástrofe, como já foi demonstrado, ainda assim o futuro não estaria predeterminado. Ele considera que o tempo histórico é aberto para uma ação coletiva.

Neste ponto entra o papel da memória para Benjamin, ligando o passado ao futuro para que se tente romper o ciclo de catástrofe. É o que afirma Zamora ao tratar da obra de Benjamin:

*Sólo desde ese futuro ya pretérito es posible pensar que el futuro actual tenga una oportunidad de ser algo más que lá consumación de la catástrofe. Pues solo desde el recuerdo de las esperanzas hecha sañicos es posible reconocerlas*

<sup>110</sup> Reyes Mate defende que o aspecto novo que surge com Auschwitz é a exigência de considerar o sofrimento como condição de toda a verdade. (2008, p. 170).

*verdaderas dimensiones de la amenaza y poner coto el autoengano optimista sobre la catástrofe que se aproxima. (2012, p. 121).*

Theodor Adorno, conhecido por certo negativismo, apropria-se da catástrofe que foi Auschwitz para propor um novo imperativo categórico: “pensar e agir para que não se repita Auschwitz.” (ZAMORA, 2008, p. 13). Continua Zamora ao analisar tal imperativo categórico:

O novo imperativo que se impõe é um olhar aguçado para as catástrofes do presente, implacavelmente crítico com suas causas e solidariamente compassivo com suas vítimas. Já não cabe nem a inocência nem o desconhecimento diante do horror da história. Por isso, o imperativo adorniano se faz acompanhar de uma consciência insubornável da persistência das condições que tornaram possível Auschwitz. (2008, p. 13).<sup>111</sup>

Deve ser ressaltado o aspecto acima mencionado: as condições que levaram a Auschwitz permanecem, demonstrando, assim, a atualidade da posição de Adorno.<sup>112</sup> É por tal razão que sua proposta de novo imperativo categórico deve ser ao menos considerada.

Percebe-se que mesmo os autores que concluem que o estado de exceção é permanente ainda assim apresentam perspectivas para o futuro, visando a romper com a história de opressão.

Nesse contexto, é o caso de se mencionar a posição de Boaventura de Sousa Santos, que defende que as ciências sociais devam buscar uma solução de transformação social, e não vê-la como problema. Nesse ponto entra sua defesa da crítica da razão indolente, que costuma tomar a parte pelo todo e ainda contrai o presente para expandir o futuro. Ele propõe uma atitude inversa: “expandir o presente e contrair o futuro [...]; não é necessário cuidar do futuro da sociedade porque ele é infinito.” (2007, p. 26-27).<sup>113</sup>

Por outro lado, as barbáries continuam – o que não surpreende, considerando que o estado de exceção é permanente. Dornelles e Palop

<sup>111</sup> Para uma análise sobre o imperativo categórico de Adorno, cf. Reyes Mate. (2008, p. 170-171).

<sup>112</sup> Necessário mencionar que, para Adorno, de nada adiantava uma perspectiva puramente teórica: “Todo esforço da teoria, no entanto, torna-se vazio sem a práxis capaz de mudar a situação social que a atazana. Adorno estava consciente disso. Nunca viu na teoria, tampouco na maior crítica, um substituto da práxis. Mas nunca cedeu, apesar das pressões sofridas até os últimos ofegos da vida, à tentação de convertê-la em uma celebração apressada de supostas práxis revolucionárias. Toda grandiosa pretensão intelectual nesse sentido lhe parecia vã. Os sujeitos sociais com capacidade de transformação radical da sociedade não se gestam na cabeça de intelectuais supercríticos.” (ZAMORA, 2008, p. 15).

<sup>113</sup> Para mais detalhes, cf. “Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social”. (2007, p. 24-41).

mencionam as “experiências contemporâneas de Guantânamo, favelas, periferias urbanas, sistemas penitenciários, guetos, *homeless*, Kosovo, Somália, Sudão, campos de trabalhadores ilegais, campos de refugiados etc.” (2012, p. 88).

Nessa mesma linha, Zamora, em estudo sobre Adorno, assim afirma: “Hoje, torna-se impossível passar por cima da ideia de que a democracia da sociedade de massa não exclua a manipulação das mesmas.” (2008, p. 19). Recorde-se que Adorno ressaltou que as condições que levaram a Auschwitz ainda permanecem.

Nesse contexto de superação, um aspecto relevante sempre abordado por Delmas-Marty é a consideração expressa da humanidade como sujeito de direito: “é, portanto, a identidade da vítima que marca a especificidade do crime contra a humanidade.” (2004, p. 66).<sup>114</sup>

A propósito, em seu primeiro julgamento, o Tribunal Penal Internacional apresentou uma interessante definição de vítima. Trata-se do caso *Prosecutor v. Luganda*. Assim relatou Kai Ambos acerca do julgado:

*The Chamber defines a victim in a somewhat broad way referring to soft law as ‘someone who experienced personal harm, individually or collectively with others, directly or indirectly, in a variety of different ways such as physical or mental injury, emotional suffering or economic loss’. Accordingly, the Chamber does not only regard the recruited child soldiers but also their parents or relatives as victims of the alleged crimes (but not the victims of the child soldiers). (2012, p. 116).<sup>115</sup>*

Também merece destaque a posição de ruptura revelada por Japiassú ao afirmar que “a criação de uma jurisdição penal internacional permanente [...]

<sup>114</sup> Delmas-Marty ressalta que a consideração da humanidade como sujeito de direito foi expressamente reconhecida no primeiro julgamento de condenação no Tribunal *ad hoc* da ex-Iugoslávia, no caso *Erdemovic*. (2004, p. 66). Cf. item 2.1.3, em que tal questão é abordada.

<sup>115</sup> Apesar do alcance da definição, ainda assim o Tribunal poderia ser mais abrangente, como registrou Kai Ambos: *Although the inclusion of such indirect victims significantly broadens the possible number of victims and, thus, participants in the proceedings, it is, as a matter of principle, the correct approach in light of the sometimes immense emotional and psychological suffering. However, clearly, such a broad approach requires a comprehensive strategy with a view to limit the number of indirect victims-participants in a reasonable way so as not to completely disrupt or indefinitely delay the proceedings. Unfortunately, the Chamber makes no attempt to develop such a strategy.* (2012, p. 116-117). Acrescente-se ainda que a análise apresentada pelo Tribunal e, consequentemente por Kai Ambos, envolve questões essencialmente procedimentais, examinando como pode ocorrer a participação de vítimas no decorrer da tramitação processual, conforme previsão contida no Artigo 68 do Estatuto de Roma e no Artigo 85 do Regulamento Processual. O foco do autor em tal artigo objetivou abordar essa e as demais questões processuais que envolveram o referido julgamento, sem que tecesse maiores considerações acerca do direito material. As poucas considerações feitas por Kai Ambos sobre o Direito Internacional Penal em tal julgamento serão apresentadas no Cap. 5, especialmente com relação ao elemento subjetivo do crime.

significa uma modificação de alguns princípios fundamentais da estrutura em que se baseou a ordem internacional, consolidada sob a égide dos Estados nacionais.” (2004, p. 117). E, ainda segundo o autor, “uma das bases teóricas do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional reside na ideia de paz perpétua”, baseada especialmente em Kant. (JAPIASSÚ, 2004, p. 117).<sup>116</sup> Continua Japiassú:

observa-se que a ideia de paz perpétua, em seus diversos projetos e, especialmente, no kantiano, expressa o fundamento pretérito da formação de um Tribunal Penal Internacional, em especial quando admite a possibilidade de cessão de uma parte da soberania estatal para que fosse construída uma federação de Estados, que buscava estabelecer a pretendida paz.

De certa maneira, é esta a lógica estabelecida após o Estatuto de Roma, com a previsão de que os Estados-membros, ao ratificar e aderir à Corte, renunciam à parcela de sua soberania em favor da criação de um órgão jurisdicional internacional, que complementar os organismos judiciários nacionais. (2004, p. 128).

Sobre a paz perpétua em Kant, Salgado afirma que “é ao direito que a política deve adequar-se, e não ao contrário.” (1995, p. 325). É por isso que a primeira exigência para a paz perpétua, na filosofia política kantiana, é a formação de estados republicanos com cidadãos livres decidindo sobre a guerra e a paz. Em seguida, exige-se a formação de um direito internacional entre as nações, para que a guerra seja eliminada como forma de resolução de conflitos. Para Kant, tal direito cosmo-político seria fundado na hospitalidade. (SALGADO, 1995, p. 325).<sup>117</sup>

<sup>116</sup> As demais bases teóricas, ou fundamentos, do Tribunal Penal Internacional, além da paz perpétua, seriam fundadas nas ideias de soberania, de cidadania, da reserva legal e da complementariedade. (2004).

<sup>117</sup> A exposição de Ambos acerca da paz perpétua em Kant também é nesse mesmo sentido, oferecendo ainda uma leitura atualizada do filósofo alemão: “O conceito de Kant da dignidade humana é complementado por sua visão de uma ‘paz eterna’. Para ser ‘eterna’, ou seja, permanente e sustentável, a paz pressupõe a satisfação de pelo menos duas condições: a mais importante é que os Estados (e seus sujeitos) tenham uma constituição republicana que garanta a liberdade e igualdade de seus cidadãos como ‘direitos inalienáveis’, e, ainda, o direito dos cidadãos mundiais (*Weltbürgerrecht*), o qual inclua o ‘direito à hospitalidade’ (*Recht der Hospitalität*), isto é, cada cidadão não deve ser tratado de maneira hostil por outro Estado. A isto, conforme posto corretamente por Klaus Gunther, segue um argumento de dois níveis: primeiro, a paz justa e permanente se fundamenta no reconhecimento dos direitos dos cidadãos e respeito a eles, ou seja, em linguagem moderna, aos direitos humanos. Segundo, violações a esses direitos precisam ser estigmatizadas como injustos graves e punidas. Além disso, o que era importante na ideia de Kant a respeito da *Weltbürgerrecht* era o reconhecimento de um conjunto (mínimo) de direitos de toda pessoa, superando a mediação individual clássica dentro da ordem Estatal e em um mundo entre Estados. Com essa concepção, Kant estabeleceu as bases para todas as demais concepções atuais de dignidade humana e paz mundial. Assim, seguindo Kant, uma série de outros autores, em particular germânicos, sustenta que o Estado e a comunidade internacional são chamados para proteger a dignidade humana por meio do direito penal.” (2004, p. 72-73). Ainda acerca da paz perpétua em Kant, cf. Salgado. (2008).

De certa maneira, tal concepção de paz perpétua em Kant serve como fundamento para que o Tribunal Penal Internacional possa contribuir, dentro de suas limitações, para a superação do estado de exceção permanente.

Buscando essa superação, interessante é o dado mencionado por Ambos. Noticia o autor que, desde a entrada em vigor do Estatuto de Roma, em 1º de julho de 2002, até 1º de março de 2006, foram recebidas 1732 “comunicações”, oriundas de 103 países, denunciando supostos crimes pretensamente praticados em 139 países. (2007, p. 75). Por óbvio, a maioria esmagadora de tais “comunicações” não teve consequências.<sup>118</sup> Entretanto, o dado já demonstra o potencial que o Tribunal Penal Internacional, instituição em construção que é (AMBOS, 2007, p. 89), poderá vir a ter em termos de relevância para a proteção, no âmbito internacional, dos Direitos Humanos.<sup>119</sup>

Há ainda outro aspecto muito bem destacado por Álvarez: a efetivação do Tribunal Penal Internacional depende da cooperação dos Estados – não apenas em prol do Tribunal, mas também aplicando seu Direito Penal interno aos crimes internacionais, respeitados obviamente os critérios de territorialidade e extraterritorialidade da legislação de cada país. (2015, p. 16). Assim, para que não haja uma intervenção do Tribunal, muitas vezes indesejada, o Estado pune o agente que praticou o crime – e conseqüentemente não haverá atuação da Corte Internacional, em obediência ao princípio da complementariedade.<sup>120</sup>

Nesse contexto, o objetivo de punir criminalmente as mais graves violações aos Direitos Humanos estará cumprido mesmo sem a atuação do Tribunal, o que não deixa de ser louvável. Ainda que por uma via oblíqua, o Estatuto de Roma estará viabilizando a proteção das vítimas. Segundo Álvarez, *la pieza estructural y realmente clave del sistema* é a responsabilidade de cada

<sup>118</sup> Ainda segundo Ambos, “80% dessas comunicações eram manifestamente fora da jurisdição do Tribunal”. As demais foram rejeitadas por fundamentos diversos, salvo três inquéritos (República Democrática do Congo, Uganda e Sudão) e cinco ainda estão em análise. (2007, p. 77-78).

<sup>119</sup> Conclui Ambos: “O grande número de comunicações enviado ao Tribunal, certamente, merece maior atenção, pois incrementa as questões legais e factuais.” (2007, p. 78). Álvarez destaca que o Tribunal tem pleiteado uma quantidade maior de recursos – especialmente para a Procuradoria – para que possa atender à grande demanda a que está sujeito, e conclui: *De hecho, y sin poder concretar cuál pudiera ser el número total de casos que (lamentablemente) la Corte podría o debería estar atendiendo, frente a las ocho situaciones y veinte causas que en la actualidad están siendo objeto de la directa actuación de la CPI resulta ilustrativo recordar que según los propios datos de la Fiscalía, a fines de 2012 se habían recibido cerca de diez mil comunicaciones respecto a crímenes (potencialmente) bajo su competencia.* (2015, p. 13).

<sup>120</sup> Sobre o princípio da complementariedade, cf. Capítulo 4.

Estado para punir os crimes sem necessidade de intervenção do Tribunal Penal Internacional. (2015, p. 20).<sup>121</sup>

Cabe ainda mencionar uma das conclusões apresentadas por Samuel Moyn: “a popularidade atual dos direitos humanos internacionais se baseia na necessidade inesgotável de as pessoas buscarem um mundo diferente, além deste que vivemos agora.” (2013, p. 95).

## 2.6

### O viés político dos Direitos Humanos

Como foi examinado *supra*, vive-se um estado de exceção permanente – apesar da necessária busca pela sua superação. Ocorre que tal busca passa necessariamente pela percepção de que os Direitos Humanos possuem notadamente um viés político.<sup>122</sup> Portanto, podem eventualmente servir para legitimar qualquer discurso.<sup>123</sup>

A definição de Direitos Humanos não é algo consensual, até mesmo porque a busca por determinado conceito necessariamente envolve perda de conteúdo. Especificamente sobre os Direitos Humanos, Dornelles aponta que “tem recebido uma série de significados e interpretações as mais contraditórias possíveis”. (2013, p. 9). Quintana também afirma que não é possível uma noção única. Entretanto, o autor defende que se deve buscar uma concepção que consiga dar sentido e alcance a eles. (1999, p. 24-25).

<sup>121</sup> Ainda assim consigna o autor: *debemos seguir trabajando para que la CPI siga desarrollando y avanzando en su labor, así como para potenciar sus capacidades y recuperar parte de la legitimidad/credibilidad que en los últimos tiempos parece haber perdido. [...] Mas, a mi entender lo fundamental no es otra cosa que reforzar la labor de los tribunales estatales en la persecución y castigo de los crímenes de derecho internacional, para así también y en lo estructural, permitir que la CPI concentre sus actuaciones en aquellos casos para los que fue ideada. Dicho de otro modo, sin nunca perder de vista la absoluta necesidad de que los Estados cooperen con la Corte respecto a las investigaciones y procesos en curso, hay que insistir en que previo a ello es capital que los Estados cooperen con ella en y para reducir al máximo las situaciones o casos en los que haya que concluir que ninguna jurisdicción estatal competente quiere o puede investigarlos. En caso contrario, el saldo final no sólo será seguir observando cómo quedan en la impunidad graves crímenes de derecho internacional, cómo permanecen de facto en lo que recientemente se han calificado como “vacíos de jurisdicción”, sino que podemos terminar asistiendo al general colapso del sistema de Justicia Penal Internacional diseñado y construido en los últimos años* (2015, p. 21-22).

<sup>122</sup> Sobre a preponderância da expressão *Direitos Humanos* sobre *Direitos do Homem*, cf. Quintana (1999, p. 21).

<sup>123</sup> Tal questão já foi tratada, ainda que não diretamente, no item 2.4 deste Capítulo, intitulado “O viés político na criação e na efetivação do Tribunal Penal Internacional”. Entretanto, aqui se foca não a criação e efetivação do Tribunal, mas sim o que se entende por Direitos Humanos.



Selma Regina Aragão conceitua Direitos Humanos como “direitos em função da natureza humana reconhecidos universalmente, pelos quais indivíduos e a humanidade, em geral, possam sobreviver e alcançar suas próprias realizações.” (2000, p. 105). Já Batista, Rodrigues e Pires apresentam a seguinte definição:

conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade humanas. Estas devem ser reconhecidas positivamente em todos os níveis, sendo que tais direitos guardam relação com os documentos de direito internacional, por se referirem àquelas posições jurídicas endereçadas à pessoa humana como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Assim, os direitos humanos são válidos para todos os povos e tempos, de modo a demonstrar um inequívoco caráter cosmopolita. (2008, p. 9).<sup>124</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é o grande documento internacional acerca dessa temática. É o caso de se destacar seu Artigo 30, que proíbe que a interpretação das normas da Declaração impeça o exercício dos direitos e liberdades lá previstos.<sup>125</sup>

Entretanto, a grande questão a ser considerada é jamais ignorar que qualquer discurso que envolva Direitos Humanos terá, necessariamente, conteúdo político. (DORNELLES, 2013, p. 10). O autor apresenta exemplo interessante desse viés político:

quando o ex-presidente americano (1980-1988) Ronald Reagan se declarava um defensor dos direitos humanos, ficou bem claro para todos nós a substancial diferença de conteúdo político e ideológico de sua concepção em relação à

<sup>124</sup> Tem-se ainda a definição de José Luiz Bolzan de Moraes: “conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres humanos e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir; surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim, como os direitos humanos dirigem-se a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum.” (2010, p. 131). A questão posta é a definição de Direitos Humanos, para que não haja deturpações, especialmente de cunho político, de seu significado e alcance – tendo como referências seu processo de internacionalização e a proteção levada a cabo pelo Direito Penal. Maiores detalhamentos sobre as “gerações” dos Direitos Humanos ultrapassariam os limites deste estudo. Para maiores detalhes sobre as chamadas “gerações”, cf. Dornelles (2013), Bobbio (1992) e Quintana (1999). Por fim, cabe registrar a crítica de Saló de Carvalho à ideia de gerações de Direitos Humanos, para quem esta construção histórica acaba por hierarquizar o grau de importância de cada uma das “gerações”. (2013, p. 216-217).

<sup>125</sup> “Artigo 30. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

defendida pelos familiares dos desaparecidos durante as ditaduras da Argentina, Brasil, Uruguai, Chile, El Salvador, Guatemala, etc. (2013, p. 10).<sup>126</sup>

A propósito, a interpretação dos familiares dos desaparecidos com relação ao significado dos Direitos Humanos está de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao contrário da interpretação de Reagan – que, por sua vez, ofende nitidamente o já mencionado Artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É por tal razão que a perspectiva política dos Direitos Humanos deve ter como foco o combate aos excessos estatais. É fazer com que o conteúdo político dos Direitos Humanos tenha como meta a superação do estado de exceção permanente, em prol dos menos favorecidos – e, conseqüentemente, mais vulneráveis às violações. Como coloca Dornelles:

os direitos humanos aparecem [...] como um meio de fazer política, de intervir positivamente no jogo político, de confrontar as experiências existentes do poder e de criar alternativas ao poder estabelecido, a partir de um ponto de vista popular. (2013, p. 47).<sup>127</sup>

Insista-se: os Direitos Humanos só podem ser concebidos visando à proteção dos mais vulneráveis. Lamentavelmente, o que se percebe é uma evidente inversão nos valores, já que o Estado acaba se colocando no papel de vítima, e não de agente ofensor. Nessa linha é o posicionamento de Salo de Carvalho:

A teoria tradicional dos direitos humanos, fundada na perspectiva romântica quanto às virtudes dos poderes constituídos pelos Estados Modernos (Legislativo, Executivo e Judiciário), pressupõe a normatização dos direitos e a previsão de garantias como suficientes para frear ou anular os excessos das agências punitivas. O efeito perverso da incorporação acrítica desta concepção de filosofia política é tornar consensual a ideia de constituírem os direitos humanos *status* individuais e coletivos relegados à cidadania pelo *lupus artificialis*. Diferentemente de serem encarados como direitos submetidos à criação e ao reconhecimento no processo histórico, os direitos humanos são invariavelmente confundidos com benefícios que o poder público concede. Desenvolve, pois, no seio das instituições (e dos seus operadores), o sentimento de que elas próprias são titulares de direitos aos quais os cidadãos devem estar submetidos, devem respeito (obrigações). E, no confronto entre ambos (direitos da cidadania e direitos das instituições), os critérios dogmáticos de interpretação e resolução dos conflitos (ponderação de valores) invariavelmente dão preponderância aos

<sup>126</sup> Cf. Deluchey (2017).

<sup>127</sup> Continua o autor: “tais ações de grupos e associações de defesa dos direitos humanos passam a questionar as formas autoritárias do poder contemporâneo, buscando através de sua prática social constituir novas experiências que ampliem os espaços de liberdade e de exercício efetivo da cidadania coletiva.” (2013, p. 47-48).

valores e aos interesses do Príncipe (interesse público ou de Estado), sacrificando os princípios. (2013, p. 212).<sup>128</sup>

Nessa mesma linha, Luiz Regis Prado afirma que se assinala “ao Estado, em relação à pessoa, não uma missão de domínio, mas de serviço.” (2014, p. 90).<sup>129</sup>

É por tal razão que Boaventura de Sousa Santos defende que não se pode pensar apenas numa proteção a direitos humanos num contexto hegemônico, sendo imperioso considerar a globalização contra-hegemônica. Aqui efetivamente reside a luta contra desigualdades e opressão. (2011, p. 1205).<sup>130</sup>

Deve-se, portanto, analisar a relação entre práticas estatais (ou excessos estatais, ou ainda estado de exceção permanente) e a proteção dos Direitos Humanos. Isso porque as mais graves violações a tais direitos partiram – e continuam partindo – do próprio estado. Dahal, ao tratar do tema, chega a afirmar que “os custos humanos do governo despótico rivalizam com os custos da doença, da fome e da guerra”, citando em seguida os seguintes exemplos, apenas do século XX: o governo de Joseph Stalin, na União Soviética, entre 1929-1953; o governo de Adolph Hitler, na Alemanha nazista, entre 1933 e 1945; e ainda o governo de Pol Pot, no Camboja, entre 1975-1979. (2001, p. 59).

Na mesma linha é posição defendida por Carlos Canêdo:

a conflagração de 1939/1945 deixou bastante claro que o Estado constituía o mais importante violador dos Direitos Humanos e que, inclusive, existe uma relação direta entre essas violações e a manutenção da paz internacional. Isso impunha uma profunda revisão das estruturas do Direito Internacional, que não mais podia se limitar a ser um mero regulador das relações entre os Estados, sem qualquer poder de interferência (1999, p. 39-40).

<sup>128</sup> Continua o autor: “A absolutização dos interesses das agências de punitividade (vontade de punir) em detrimento dos direitos humanos, como sucedâneo da concepção otimista em relação ao exercício dos poderes públicos, deriva igualmente dos modelos teóricos (Teoria do Estado e Teoria da Constituição) que hierarquizam e relativizam direitos. Assim, se os princípios são passíveis de relativização, podem ser sacrificados em nome da *ordem* e do *interesse público*, do *bem comum* – (meta) regras apócrifas legitimadoras das lesões aos direitos fundamentais.” (2013, p. 213). A análise de Salo de Carvalho recai especialmente no sistema penal. Entretanto, suas conclusões abrangem perfeitamente os Direitos Humanos como um todo, e não apenas as garantias cotidianamente ignoradas no âmbito do sistema penal.

<sup>129</sup> O autor também registra: “O Estado existe para o indivíduo e não o oposto: *omne jus hominum causa introductorum est*. De sorte que ele só pode ser concebido como garantidor da liberdade/dignidade do homem. É o meio e não o fim. A Constituição e toda atividade estatal devem ser alinhadas a partir desse sentido e supremo objetivo.” (2013, p. 90).

<sup>130</sup> Cf. item 2.1.2. deste estudo, intitulado “A globalização”, em que também são apresentadas algumas críticas a tal “fenômeno”.

O'Donnell enfatiza ainda que os discursos que potencializam a ideia de nacionalidade e de nacionalismo têm estreita ligação com barbáries. (2011, p. 108). Afirma o referido autor:

Os discursos de nacionalidade e do nacionalismo se mesclam facilmente com ideologias de imperialismo, racismo, xenofobia e similares, autorizando horrores perpetrados tanto pelos estados como por movimentos que aspiram criar seu próprio estado. (2011, p. 108).

Prova maior disso são os casos que até hoje foram – e continuam sendo – submetidos à análise e julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. Grande parte deles se refere a crimes praticados por governantes, normalmente em ditaduras.<sup>131</sup>

Como mero título exemplificativo: o ex-governante e ditador da Líbia, Muammar Gaddafi, chegou a ter uma ordem de prisão expedida pela Corte em 27 de junho de 2011, sendo o caso arquivado alguns meses depois, em 22 de novembro do mesmo ano, em razão de sua morte.<sup>132</sup>

Outro exemplo envolve o ex-presidente da Costa do Marfim, Laurent Gbagbo, processo que inclusive já se encontra em fase de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. A propósito, o julgamento se iniciou em 2016, especificamente em 28 de janeiro. O ex-presidente é acusado de uma série de crimes contra a humanidade.<sup>133</sup>

<sup>131</sup> No Tribunal Penal Internacional, há também casos de movimentos nacionalistas em busca de ascensão ao poder, e não apenas crimes pelos agentes estatais – como dito acima por O'Donnell. Exemplo disso ocorre no caso Uganda. Foi determinada a abertura de investigação contra a cúpula do “Exército de Resistência do Senhor”, envolvendo uma revolta armada contra o governo daquele país. Essas informações foram retiradas diretamente do sítio do Tribunal Penal Internacional na rede mundial de computadores. Fonte: <[http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200204/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200204/Pages/situation%20index.aspx)> . Acesso em: 11 jun. 2016.

<sup>132</sup> Abdullah Al-Senussi, chefe da inteligência militar, acabou tendo o caso arquivado, pois se entendeu como inadmissível. Investiga-se a situação de Saif Al-Islam Gaddaf, que atuava como Primeiro Ministro “de fato” do governo líbio, em razão de suposta prática de dois crimes contra a humanidade, homicídio e perseguição. Informações retiradas diretamente do sítio do Tribunal Penal Internacional na rede mundial de computadores. Fonte: <[http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0111/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0111/Pages/situation%20index.aspx)> . Acesso em: 11 jun. 2016.

<sup>133</sup> Ainda segundo o sítio do Tribunal Penal Internacional na rede mundial de computadores, são as seguintes as acusações: homicídio, estupro e outras formas de violência sexual, perseguição e outros atos desumanos, supostamente cometidos no contexto da violência pós-eleitoral no território da Costa do Marfim entre 16 de dezembro de 2010 e 12 de abril de 2011. Fonte: <[http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0211/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0211/Pages/situation%20index.aspx) e <https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>> . Acesso em: 11 jun. 2016.

Ou seja, o estado é, historicamente, o grande responsável pelas mais graves violações a direitos humanos que já existiram. Provavelmente ainda predomine a cultura da imunidade absoluta dos chefes de estado e de governo no plano internacional. Entretanto, como já tratado *supra*, tal imunidade já foi há muito superada pelo Direito Internacional Penal.<sup>134</sup>

Apenas se registre que, por óbvio, a punição pelos crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma não se restringem a agentes estatais. Kai Ambos inclusive defende que uma compreensão moderna do Direito Penal Internacional envolve “atores não estatais”. (2008, p. 59).<sup>135</sup>

A tutela dos Direitos Humanos, que envolve especialmente os menos favorecidos – e, conseqüentemente, mais vulneráveis –, exige que se dê destaque ao papel da democracia. Afinal, somente ela tem condições de fazer com que cada indivíduo interfira no contexto político em defesa das liberdades e garantias. (DORNELLES, 2013, p. 50).

Segundo O'Donnell, “na democracia e com ela, o poder e a autoridade exercidos pelos estados e seus governos vêm dos(as) cidadãos(dãs)/agentes.” (2011, p. 17).<sup>136</sup> Tanto é assim que Dahal chega a afirmar que “o problema fundamental e mais persistente na política seja evitar o domínio autocrático.” (2001, p. 59).

Ainda sobre tal questão, segundo lição de Cittadino, “há, de acordo com Habermas, uma relação interna, conceitual, entre direito e democracia, que se traduz na conexão intrínseca entre direitos humanos e soberania popular.” (1998, p. 173). Por isso é que O'Donnell afirma que, nos regimes autoritários, há sempre um “alguém”, pessoal ou institucional, que se coloca “unilateralmente acima da lei”, enquanto “na democracia a lei não está disponível para os governantes.” (2011, p. 121). Afinal, tais governantes são proibidos de dispor da lei, alterando-a ou ignorando-a, e “só podem agir obedecendo a procedimentos juridicamente regulados” (2011, p. 121) – o que fortalece a proteção aos Direitos Humanos. Não

<sup>134</sup> Cf. item 2.2, em que é abordada a questão da superação dessa imunidade.

<sup>135</sup> Ainda sobre a questão da “atuação do estado” nos crimes internacionais, cf. Palazzo (2013, p. 196).

<sup>136</sup> Para tal autor, a existência de direitos e liberdade com relação a um detentor que faz deste cidadão um agente. (2011, p. 35). Por tal razão, a agência deve ser tida “como fundamento do significado empírico e normativo da democracia”. (2011, p. 18). Parece que a palavra “agência”, em português, não revela o grande significado e substância que tal vocábulo possui na língua inglesa – *agency*. Registre-se ainda que Dahal também associa democracia a um sistema de direitos. (2001, p. 62).

é sem razão que Cittadino afirma que a essência do direito moderno é “a submissão de todos a normas impessoais”, o que significa “não estar sujeito ao arbítrio e à violência”. (1998, p. 142).

No mesmo sentido é a lição de Dahal, que destaca que as trinta e quatro guerras internacionais sucedidas entre 1945 e 1989 não ocorreram entre países democráticos (2001, p. 70), reforçando, assim, a relação entre democracia e proteção a Direitos Humanos.<sup>137</sup> Não sem razão o mesmo autor conclui que “um mundo mais democrático promete ser também um mundo mais pacífico” (2001, p. 71).

Nos dizeres de José Luiz Bolzan de Moraes:

Deve-se [...] observar *uma inevitável correspondência entre direitos humanos e democracia*, posto que se esta se enfraquece, são aqueles os primeiros e principais prejudicados, não repercutindo unicamente no âmbito dos direitos humanos civis e políticos, mas em todas as suas gerações. (2002, p. 533).

A conclusão de Dornelles também é no mesmo sentido:

Quando falamos dos direitos humanos, colocamos ênfase na discussão sobre a questão democrática como condição essencial para a realização e satisfação efetiva das necessidades básicas da existência humana em todos os aspectos da vida, referentes à personalidade, à cidadania, e também relativos à participação do indivíduo como membro de uma coletividade. (2013, p. 50).

Enfim, a perspectiva dos Direitos Humanos a ser considerada envolve a proteção dos mais vulneráveis contra os excessos estatais – já que o estado é, via de regra, o principal agente violador. E é neste contexto que a democracia deve ter papel de destaque, vez que somente assim o cidadão será considerado um efetivo sujeito de direitos, e não um mero objeto do arbítrio do estado.

É nesse contexto que Charney levanta uma interessante indagação a respeito da ligação entre motivação política e atuação do Tribunal Penal Internacional:

*Because international crimes almost always occur in a political context, one cannot be certain whether the creation of the ICC was a "feel good" agreement or a genuine commitment by states to support international prosecutions of such crimes in relative independence from the political context.* (1999, p. 459).

<sup>137</sup> Dahal menciona ainda o período anterior à II Guerra Mundial: “Essa observação vale para o período anterior a 1945 – e, ainda no século XIX, países com governos representativos e outras instituições democráticas, em que os direitos civis foram conferidos a boa parte da população masculina, não lutaram entre si.” (2001, p. 70-71).

Espera-se que o Tribunal possa minimamente se desvincular de interesses políticos censuráveis dos poderes hegemônicos (SANTOS, 2011) e buscar a responsabilização dos agentes que cometam graves violações aos Direitos Humanos, especialmente dos mais vulneráveis.<sup>138</sup>

Assim, foram apresentados os aspectos interdisciplinares na criação e na fundamentação da própria existência de uma Corte Criminal permanente. No Capítulo seguinte serão apresentados os conceitos básicos do Direito Penal oriundo da tradição romano-germânica e da *Common Law*, para que em seguida, no Capítulo 4, seja possível abordar o Direito Internacional Penal.

---

<sup>138</sup> Acrescenta Charney: *the ICC is to become a successful global court that prosecutes persons for international crimes notwithstanding the international political context* (1999, p. 460). Apenas se ressalte novamente que o artigo em questão foi publicado apenas um ano após a Conferência de Roma. Tanto é assim que acrescenta: *If the United States and other important states do not support the court, it will face almost insurmountable obstacles as it seeks to prosecute persons for international crimes* (1999, p. 460). O autor defende que o interesse americano em punir crimes internacionais é sempre pontual, citando os exemplos do atentado ao avião da Pan Am em Lockerbie, Escócia, e ainda episódio relativo à captura de Bin Laden. Assim, não é possível dizer que haveria um interesse geral dos Estados Unidos na punição dos crimes internacionais. (1999, p. 461).

### 3

## O Conceito Analítico de Crime. Considerações da Definição no *Civil Law* e no *Common Law*

### 3.1

#### Considerações iniciais – Da importância do conceito analítico de crime

Para que se conceba uma definição de crime para o Direito Internacional Penal, torna-se necessário discutir o conceito no âmbito do direito interno – seja com base no Direito Penal de tradição romano-germânica, seja com inspiração no *Common Law*.

Entretanto, inicialmente é preciso distinguir as definições jurídicas das que possuem conotação criminológica. Enquanto aquelas se baseiam essencialmente nas questões normativas, estas procuram abordar perspectivas de cunho político e ideológico. (DORNELLES, 1988, p. 18 e 77).<sup>139</sup>

Como este Capítulo tratará de examinar o conceito – analítico – de crime, o foco estará nas definições jurídicas, mas sem perder de vista a importância das concepções criminológicas.<sup>140</sup>

Assim, tradicionalmente são apresentadas três definições jurídicas para crime: os chamados conceitos formal, material e analítico.

Para o conceito formal, o crime seria a conduta humana contrária à lei penal.<sup>141</sup> Para o conceito material, o crime seria a conduta humana que lesa ou

<sup>139</sup> Em busca de uma definição de crime com conotação criminológica, afirma João Ricardo W. Dornelles: “A definição do que é crime, portanto, vai variar de acordo com as diferentes formas de entendimento sobre o país e o mundo. Como também irá variar com a correlação de forças existentes dentro de uma sociedade. Com uma correlação de forças favorável aos setores populares, os crimes contra a economia popular seriam considerados mais graves e mereceriam punição, em vez de pequenos delitos como a vadiagem e o furto simples. Dessa forma, a caracterização do que é crime sofre uma determinação política e ideológica.” (1988, p. 77).

<sup>140</sup> Aqui se adotará a posição defendida por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar: “O direito penal é um saber jurídico; método significa *caminho*; o *caminho* para alcançar um *saber jurídico* deve ser jurídico.” (2003, p. 151). Cf. ainda item 4.4. Por fim, para as definições criminológicas de crime, cf. Baratta (1999), Carvalho (2013) e Dornelles (1988).

<sup>141</sup> Para Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, as definições formais de crime “ênfatizam no delito, apreendido lógico-deonticamente, o caráter de um cometimento proibido, transgressional da norma.” (2010, p. 21). Os referidos autores apresentam ainda os méritos e as críticas do conceito formal. (2010, p. 21).



expõe a perigo os valores mais relevantes para a vida em sociedade, ou seja, os bens jurídico-penais. (TOLEDO, 1999, P. 80).<sup>142</sup>

Percebe-se que tais definições, embora corretas, não se prestam a solucionar um aspecto concreto indispensável: diante de um fato ocorrido no mundo real, é necessário verificar se houve ou não crime. E os conceitos formal e material não conseguem oferecer subsídios efetivos para responder a tal questionamento. Surge, então, o conceito analítico de crime, que o “decompõe” em elementos para que se possa concluir, diante de um caso concreto, se houve ou não a infração penal.

Isso porque, segundo Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, a teoria do crime “se propõe constatar a existência de pressupostos jurídicos necessários para requerer da agência judicial uma resposta que habilite o exercício do poder punitivo”. (2010, p. 20). É nesse sentido que reside a importância do conceito analítico do delito. Continuam os autores:

A definição analítica [...] é aquela que oferece às agências judiciais do sistema penal melhores e mais seguros elementos para, mediante um processo legalmente estipulado, decidirem sobre se habilitam ou não a passagem do poder punitivo. (2010, p. 21).

Assim, para o Direito Penal continental, o crime, segundo sua definição analítica, consiste numa conduta humana típica, ilícita e culpável. Portanto, é formado pelos elementos tipicidade, ilicitude<sup>143</sup> e culpabilidade.<sup>144</sup> Nos dizeres de Sánchez:

Já se afirmou que o esquema do delito dominante na Alemanha, desde a época de Von Liszt e Beling, é o esquema tripartido, que diferencia os níveis sistemáticos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade [...]. Este esquema, ainda que haja

<sup>142</sup> As definições materiais de crime, também segundo Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, “se interessam pelo conteúdo, necessariamente valorativo, ofensivo ou danoso do delito.” (2010, p. 21). Os referidos autores apresentam ainda os méritos e as críticas do conceito material. (2010, p. 21).

<sup>143</sup> Cabe registrar que alguns autores, como Bitencourt (2012, p. 380), optam pela expressão “antijuridicidade”. Apesar das palavras “ilicitude” e “antijuridicidade” poderem ser vistas como sinônimas, o rigor científico leva à primeira opção, ao menos no Brasil. Primeiramente, porque essa foi a redação dada à rubrica marginal do art. 23 do Código Penal, “exclusão de ilicitude”. Ademais, não se pode perder de vista que o crime é um fato jurídico, ou seja, acarreta consequências para o mundo do Direito. Seria paradoxal chamar um mesmo fato de “jurídico” e, ao mesmo tempo, de “antijurídico”. Para maiores detalhes sobre tal nomenclatura, cf., por todos, GUERRERO. (1997, p. 24).

<sup>144</sup> Cf. item 3.2.

experimentado variações importantes em seu conteúdo, segue correspondendo a uma ideia inicial de caráter classificatório. (2011, p. 569).<sup>145</sup>

Isso não significa que o crime contenha partes, que possa ser dividido. O crime é um fenômeno unitário. Entretanto, com intuito unicamente didático-científico, torna-se necessário decompô-lo em elementos.

Já no âmbito do *Common Law*, o crime é formado pelos elementos *actus reus* (aspecto objetivo da conduta), *mens rea* (aspecto subjetivo) e ainda pela inexistência de *defences*.<sup>146</sup>

O que deve se ressaltar é que somente o conceito analítico de crime possui condições de sistematizar o estudo da teoria do delito. É por tal razão que Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar tratam da “necessidade de se construir um sistema, isto é, de formar um conjunto organizado que enlace seus elementos”. (2003, p. 151).

Nessa mesma linha, Arturo Rocco aponta que a investigação jurídica deve ser dividida em três patamares: a exegese, a dogmática e a crítica. A primeira preocupa-se apenas com uma análise isolada de cada uma das normas jurídicas.<sup>147</sup> Já a segunda oferece o conhecimento científico do direito, pois foca nos princípios fundamentais, considerando sua coordenação lógica e sistemática. Por fim, a terceira pretende sugerir modificações, abolições ou criações de novas normas jurídicas. (1982, p. 18-36).

Assim, o que aqui se busca é a construção dogmática – e, portanto, sistematizada – do conceito de crime.<sup>148</sup> Só assim será possível, num segundo momento, partir em busca de uma definição de delito para o Direito Internacional Penal.

<sup>145</sup> Apenas se registre que o referido autor adota um conceito bipartido, pois opta por analisar de forma conjunta a tipicidade e a ilicitude. Sobre tal questão, cf. nota 190.

<sup>146</sup> Cf. item 3.3.

<sup>147</sup> Afirma Rocco: *el estudio exegético es tan solo una parte, por cierto no la más noble, de la ciencia del derecho. Al exagerar dicho estudio y llevarlo hasta el abuso, se convierte la ciencia jurídica en árida casuística*. (1983, p. 21).

<sup>148</sup> Segundo Sánchez: “Se existe um traço comum às formas de argumentação jurídica dogmática, este é o pensamento sistemático. De fato, a dogmática, como qualquer disciplina com pretensões mais ou menos cognoscitivas, adota como um de seus objetivos fundamentais a sistematização do conhecimento, seja qual for o critério de sistematização escolhido. [...] O sistema permite a ordenação e a regulação do saber existente, a detecção das contradições que possam ocorrer e mantém todo esse saber permanentemente a nossa disposição”. (2011, p. 131).

Enfim, como registrou Roscoe Pound, *scientific study of law is no less important to the community than scientific study of medicine*. (1921, p. 15).<sup>149</sup>

Por óbvio que não se deve conceber o crime como um fenômeno estritamente dogmático, como muito bem aponta Salo de Carvalho, em suas críticas a um dogmatismo puro:

É interessante notar, portanto, a transversalidade ideológica e a força que o positivismo jurídico adquire através dos insípidos conceitos da dogmática penal. Apesar de a criminologia, durante as últimas décadas, demonstrar empiricamente a disfunção do controle penal e a incapacidade de o sistema cumprir suas promessas oficiais, fundamentalmente em relação aos fins da pena (ressocialização, intimidação e coesão social) e aos fins do próprio direito penal (proteção de bens jurídicos), a dogmática (ciência) segue reproduzindo discurso que, ao invés de instrumentalizar o projeto político-criminal de mínima incidência, atribui fins e funções positivas à intervenção, potencializando e relegitimando a intervenção do sistema criminal. (2013, p. 190).<sup>150</sup>

Entretanto, não se busca aqui potencializar um aspecto puramente dogmático, mas sim compreender qual é a definição de crime, sob o prisma analítico. Assim como Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, entende-se que não se pode superdimensionar o aspecto dogmático em relação às demais questões do Direito Penal. (2003, p. 157). Eles afirmam:

<sup>149</sup> Aqui se busca não comparar o estudo do Direito Penal com a Medicina, mas apenas demonstrar a relevância que o autor, em artigo clássico do *Criminal Law*, no início séc. XX, atribuiu ao estudo do Direito.

<sup>150</sup> Continua o autor: “A dogmática do direito penal, apesar da profunda e irreversível crítica realizada pela criminologia sociológica, constantemente procura elementos novos e renovadas perspectivas legitimadoras para que siga revigorada a (falsa) crença em sua programação e funcionalidade. [...] Possível considerar, portanto, que o discurso da dogmática penal, ao manifestar o delírio de grandeza messiânico de responsabilizar-se pela proteção dos valores mais importantes à Humanidade – chegando ao ponto de assumir o encargo de garantidor do futuro da civilização através da tutela penal das gerações futuras –, estabelece relação que transforma a si mesmo em objeto amoroso. Mantém-se o discurso punitivo em uma espécie de narcisismo infantil cuja onipotência incapacita a percepção dos seus limites, inviabilizando relação madura com outros ramos do saber. [...] O saber dogmático, se realmente quer salvaguardar a sua razão de ser [...], deve, antes de tudo, entender suas restrições, abandonando a ilusão infantil e procurando atingir grau de maturidade através do confronto dos seus limites com a realidade social hostil que se lhe apresenta. [...] A pretensão e a soberba geradas pela crença romântica de que o direito penal pode salvaguardar a humanidade de sua destruição impede o angustiante e doloroso, porém altamente saudável, processo de reconhecimento dos limites”. (2013, p. 198-200). Posição semelhante é defendida por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar: “É inevitável que o direito penal se assente sobre uma decisão pré-dogmática (ou pré-sistemática) para construir os conceitos sistemáticos, de acordo com um sentido (objetivo político), não só como resultado de uma dedução, como também porque, empiricamente, a própria história do direito penal demonstra que tanto se pode teorizar para preservar os espaços sociais de liberdade do estado de direito ou para reduzi-los – conforme o modelo do estado de polícia – quanto se pode construir conceitos de segurança, cujo objeto corresponda aos direitos das pessoas ou à autoridade corporativa do estado, ou seja, para consolidar o estado de direito ou para destruí-lo. A funcionalidade política dos conceitos jurídicos é só um dado ôntico; o sistema pode assumi-la e expressá-la, tornando-a manifesta, mas se não o fizer, a única coisa que consegue é deixá-la latente”. (2003, p. 155).

Uma dogmática do gênero “*arte pela arte*” transforma o operador judicial num perigoso autômato, que manobra um programa cuja função ignora – mas que, inexoravelmente, apesar de manobrado por um néscio, julga dispensável saber para quê e a que serve aquilo que ele mesmo faz. (2010, p. 25-26).

Assim, sem perder de vista as críticas acima apontadas, deve-se considerar o conceito analítico de crime – que por sua vez possui, sim, um viés dogmático – como a única forma de conseguir um mínimo de isonomia quando da análise dos casos concretos, bem como de alcançar um patamar mínimo de certeza em tal análise. Como aponta Roxin:

Uma configuração sistemática [do Direito Penal] permite reconduzir a extensa matéria dos pressupostos gerais do delito a conceitos fundamentais uniformes, esclarecer as relações entre eles e, através do desenvolvimento de soluções calculáveis e transcendentais aos casos individuais, garantir a isonomia na aplicação do Direito. [...] a discussão em torno da estrutura sistemática correta no Direito Penal não é, como por vezes é mencionado, um estéril jogo conceitual, mas sim um trabalho sobre os fundamentos do Direito Penal. (2010, p. 26).<sup>151</sup>

Portanto, não se trata de cair “num conceitualismo excessivamente abstrato”, como advertem Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2010, p. 23), mas sim de estabelecer referências isonômicas e pautadas em certo grau de certeza.<sup>152</sup>

Não se pode negar que há outros sistemas jurídicos além do romano-germânico e do *Common Law*. Em obra clássica, René David também trata dos

<sup>151</sup> Exatamente nesse mesmo sentido se posiciona Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça: “Embora possa ser criticado por eventuais excessos, o conceito analítico de crime não é mera sofisticação teórica, nem muito menos um discurso vazio de conceitos técnicos. Trata-se de um arcabouço jurídico que nos permite conferir às decisões judiciais um determinado parâmetro de certeza”. (2015, p. 302). Cf. ainda Sánchez, que trata da importância da dogmática abandonando o que denomina “purismo” (2011, p. 144) e se utilizando das ciências sociais – com especial destaque para a relação entre dogmática e criminologia. (2011, p. 161-168).

<sup>152</sup> Ainda sobre a importância da definição analítica e da construção de um sistema no âmbito da teoria do crime, lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar: “O desenvolvimento conceitual da teoria do delito, especialmente em língua alemã, constitui um esforço de raciocínio e pesquisa muito especial no campo jurídico. Quase todas as possibilidades de construção sistemática, e seus fundamentos filosóficos nele se representaram. Rechaçar essa experiência, o esforço intelectual e a tradição secular que a envolve, quando se pretende empreender a tarefa construtiva de um direito penal exclusivamente redutor do poder punitivo, significaria uma prodigalidade onipotente condenada ao fracasso, exposta aos riscos da insensatez intuicionista, do desmonte pelo absurdo. O direito penal redutor que renunciasse ao auxílio metodológico da dogmática se converteria num discurso político, talvez até denso, porém juridicamente deficitário. Se a tarefa do direito penal é conter e filtrar a irracionalidade e a violência do poder punitivo, as comportas do dique devem funcionar inteligentemente. O poder punitivo é um fato político dotado de força irracional, e a contenção e filtragem do direito penal devem ser racionais para compensar, até onde puder, sua violência seletiva. De duas seleções irracionais só poderia resultar a soma ou a potenciação de irracionalidades. A seleção inteligente não se realizará se as comportas não se combinarem em forma de *sistema*, entendido, ante a equivocidade contemporânea do vocábulo, em sua acepção kantiana, ou seja, como *a unidade de diversos conhecimentos sob uma ideia*, de modo que *a priori* se reconheça o âmbito e o lugar de seus componentes.” (2010, p. 25).

“direitos socialistas”, do direito muçulmano, do direito na Índia, no extremo oriente e ainda na África e Madagascar. (2002). Da mesma forma, o italiano Mario G. Losano também aborda, além dos dois sistemas acima mencionados, o “direito russo e soviético”, “os direitos consuetudinários africanos”, o direito indiano e ainda aquele oriundo da Ásia oriental. (2007).<sup>153</sup>

Entretanto, aqui será analisado o conceito analítico de crime apenas com relação aos dois principais sistemas. Isso porque ainda se está numa fase consideravelmente rudimentar no processo de construção de uma Parte Geral do Direito Internacional Penal<sup>154</sup> – dominada basicamente pelos conceitos do *Common Law*.<sup>155</sup> Assim, não se pode tentar acelerar de forma por demais abrupta esse processo, e já de plano incrementar conceitos oriundos de vários sistemas jurídicos atualmente existentes. O que se pretende, neste momento, é tentar incorporar conceitos do Direito Penal de origem romano-germânica ao Direito Internacional Penal – até mesmo porque os elementos do crime no Direito Penal anglo-saxão são consideravelmente mais rudimentares do que aqueles do *Civil Law*.

Isso não significa que os outros sistemas devam ser ignorados – até mesmo porque o próprio Estatuto de Roma fornece uma salutar abertura para que se apliquem normas além daquelas lá expressamente positivadas. Nesse sentido, tem-se o Artigo 21, cuja rubrica é “Direito Aplicável”.<sup>156</sup>

<sup>153</sup> Além dos sistemas acima mencionados, Mario G. Losano dedica um capítulo de sua obra ao “direito na América do Sul”. Entretanto, trata-se de uma análise eminentemente histórica e revela a inspiração ibérica – o que faz com que se tenha uma concepção do Direito oriunda do *Civil Law*. Portanto, deixamos de mencionar tal capítulo no corpo do texto.

<sup>154</sup> Cf. item 4.4 e Capítulo 5.

<sup>155</sup> Cf. item 4.3.

<sup>156</sup> “Artigo 21

1. O Tribunal aplicará:

a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;

b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;

c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tais como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverão ser compatíveis com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o

Além disso, não se pode olvidar o que foi dito *supra*: o Direito Internacional Penal deve contribuir para a tutela internacional dos Direitos Humanos – que por sua vez deve proteger os mais vulneráveis, numa concepção contra-hegemônica, combatendo desigualdades e opressões. (SANTOS, 2011, p. 1205).<sup>157</sup> Assim, seria um contrassenso simplesmente ignorar a existência de outros sistemas jurídicos.

Feitos tais registros introdutórios, serão apresentadas as características básicas de cada um dos elementos do conceito de crime, com base na tradição romano-germânica e ainda no *Common Law*.<sup>158</sup>

## 3.2

### O Conceito de Crime no Direito Penal Romano-Germânico

#### 3.2.1

##### Tipicidade

Antes de analisar os vários aspectos que compõem a tipicidade, cabe considerar que a caracterização ou não do crime depende, inicialmente, da existência de uma conduta humana. Trata-se do primeiro critério de imputação criminal a ser considerado pelo intérprete, uma vez que só haverá lesão ou perigo para o bem jurídico penalmente tutelado quando se partir de uma conduta humana.<sup>159</sup> Nesse sentido lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar:

O *nullum crimen sine conducta* configura um requisito redutor mínimo, de elementaríssima racionalidade, que dentro do sistema de contenção cumpre função preliminar menos refinada do que os três elementos filtrantes aos quais serve de base: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. (2010, p. 26).<sup>160</sup>

---

nascimento ou outra condição”. Apenas se registre que o item 3, acima transcrito, será examinado no item 4.2, destinado a tratar da proteção dos Direitos Humanos como critério de interpretação do Estatuto.

<sup>157</sup> Cf. itens 2.5 e 2.6, no capítulo anterior.

<sup>158</sup> Por óbvio que cada um dos elementos do conceito de crime já justificaria a elaboração de um estudo a parte, ou melhor dizendo, de um verdadeiro Tratado de Direito Penal. Entretanto, isso escaparia aos limites deste trabalho. O presente capítulo pretende apenas estabelecer alguns conceitos para que, nos capítulos seguintes, seja possível discutir o alcance do Direito Internacional Penal e ainda examinar as normas penais do Estatuto de Roma.

<sup>159</sup> Sobre a necessidade de o crime envolver lesão ou perigo para o objeto da tutela penal, cf. item 4.5.

<sup>160</sup> Os autores apresentam interessante registro histórico sobre a imprescindibilidade da conduta na caracterização do crime: “ninguém sofre pena por seu pensamento (*cogitationis poenam nemo patitur*), afirmava Ulpiano no século III. (D. XLVIII, XIX, 18). A reflexão, os desejos, as convicções políticas, os sentimentos, a imaginação, e mesmo os atos íntimos individuais que não

A propósito, o Estatuto de Roma consagrou o princípio do *nullum crimen sine conducta* em seu Artigo 25, cuja rubrica é “Responsabilidade Criminal Individual”. Seu item 1 assim dispõe: “De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas”. Portanto, a responsabilidade das pessoas jurídicas – sejam ou não de direito público – deve ser levada a cabo não pelo Direito Internacional Penal. Sobre tal questão, o item 4 do mesmo Artigo prevê que “o disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional”.

Também o Código Penal brasileiro positivou o princípio em questão no *caput* de seu art. 13.<sup>161 162</sup>

Assim, partindo-se de uma conduta humana, é necessário analisar se ela é ou não típica; ou seja, se nela está ou não presente o primeiro elemento do conceito analítico de crime, a tipicidade.

A título de registro histórico, tem-se que, até o início do século XX, não se falava em tipicidade, já que o crime “era conceituado como *ação antijurídica, culpável e punível*”. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, 2010, p. 31). Surge então a obra de Beling, que cria a chamada “teoria do tipo” – o qual até então era considerado puramente descritivo, sem qualquer carga axiológica.

---

se projetam no mundo exterior, nada disso pode servir de base factual para o delito”. (2010, p. 26-27).

<sup>161</sup> “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

<sup>162</sup> No Brasil e ainda em determinadas legislações estrangeiras, fala-se em responsabilidade penal da pessoa jurídica para alguns casos. Relativamente ao Brasil, isso ocorre apenas diante de crimes ambientais, como prevê o art. 225, § 3º, da Constituição. Cabem, aqui, várias críticas de cunho dogmático, além da consideração de que se está a realizar uma verdadeira “administrativização” do Direito Penal. Em outras palavras: questões que poderiam – e deveriam – ser tratadas no âmbito do Direito Administrativo são equivocadamente elevadas à categoria de crime. Não se pode olvidar que o Direito Administrativo poderia tratar da relação entre pessoas jurídicas e lesões ambientais de forma mais célere (visto que independe da aplicação de pena pelo Estado-Juiz) e com respostas ainda mais drásticas, já que podem ser utilizadas sanções extremamente graves – como multas vultosas, proibição de contratação com o Poder Público e até mesmo a “simples” cassação do alvará de funcionamento (o que não é permitido no Direito Penal, visto que se estaria diante de uma pena de morte da pessoa jurídica). Portanto, o Direito Penal acaba sendo utilizado de forma puramente simbólica, o que em nada contribui para a proteção desse relevante bem, de *status* constitucional, o ambiente. Insista-se: o primeiro critério de imputação criminal a ser considerado, a existência de conduta humana, já é sumariamente ignorado. Infelizmente, há no Brasil uma tendência de ampliar ainda mais as hipóteses de responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Sobre tais questões, cf. Reiss. (2015).

Atualmente não se admite um tipo apenas descritivo, até mesmo porque ele já é capaz de gerar um indício de ilicitude – possuindo, portanto, valoração ilícita.<sup>163</sup>

Para que seja possível definir tipicidade, é necessário primeiramente apresentar o conceito de tipo. Para Lopes, “o tipo é um modelo de ação, imaginada e descrita pelo legislador como de provável ocorrência na realidade da vida e idônea a causar uma ofensa ou expor a perigo um bem ou valor” (1999, p. 111). No mesmo sentido corrobora Aníbal Bruno, ao defender que o “tipo é o molde a que se tem de ajustar o fato para constituir crime”. (1976, p. 43).

Assim, para que haja tipicidade, é necessário que ocorra uma subsunção perfeita entre a conduta praticada no mundo real e determinado tipo penal. Como já se expôs: “o tipo é uma descrição abstrata de um fato. Assim, caso haja a realização de determinada conduta *in concreto*, caberá [...] analisar se a conduta realizada encontra ou não tipicidade no modelo previsto em lei”. (REISS, 2004, p. 24).

O juízo de subsunção acima mencionado envolve basicamente dois aspectos: um de cunho formal (que se subdivide em objetivo e subjetivo) e ainda um de cunho material. Somente após o exame desses aspectos será possível concluir se, no caso concreto, a conduta é ou não típica.

### 3.2.1.1 Tipicidade formal objetiva

Para a tipicidade formal, é irrelevante se houve ou não afetação substancial do bem jurídico. Isso só será objeto de análise no âmbito da tipicidade material.<sup>164</sup> Aqui se verifica, sob um prisma mais formal, se a conduta corresponde aos elementos (objetivos e subjetivos) do tipo.

No campo da tipicidade formal objetiva, não se analisa qual teria sido a vontade do agente. Examina-se se a conduta praticada no mundo real, objetivamente considerada, corresponde ao tipo penal. E, para que se verifique tal correspondência, devem ser considerados os elementos que compõem os tipos.<sup>165</sup>

O primeiro elemento do tipo a ser considerado é o verbo, ou núcleo. Afinal, é o verbo que concretiza a conduta. A partir do instante em que se exige a

<sup>163</sup> Cf. item 3.2.2., destinado ao exame da ilicitude.

<sup>164</sup> Cf. item 3.2.1.3.

<sup>165</sup> Sobre os elementos do tipo, cf., por todos, Vargas (2000).



realização de uma ação ou omissão para que haja crime, torna-se necessário verificar se há correspondência entre o que foi feito e o verbo descrito na norma.<sup>166</sup>

Em seguida, deve-se observar se há alguma especificação no tipo com relação ao sujeito ativo. Por óbvio que esse deve ser um ser humano, já que somente ele é capaz de realizar condutas. A questão ganha especial relevo quando o tipo penal especifica alguma qualidade especial do ser humano, como a qualidade de funcionário público.

Também são elementos do tipo o bem jurídico<sup>167</sup> e o sujeito passivo ; esse último nada mais é do que o titular do bem penalmente protegido. Apenas quando se identificam com precisão o bem jurídico e seu sujeito passivo é possível realizar o juízo de subsunção de forma adequada.

O resultado também é um dos elementos do tipo. Apenas se atente para o fato de que nem todo crime possui resultado naturalístico.<sup>168</sup> Entretanto, não há crime sem que ocorra resultado normativo, ou seja, lesão à norma – a qual, por sua vez, consiste na lesão ou na colocação em perigo do bem jurídico.<sup>169</sup>

É necessário ainda verificar a presença de nexo causal, ou seja, se aquela conduta humana em análise contribuiu ou não para que se atingisse o resultado. Caso se verifique que a conduta em questão foi inócua no tocante ao resultado atingido, não haverá tipicidade formal objetiva.<sup>170</sup>

É possível que o tipo também preveja, entre seus elementos, algum objeto material<sup>171</sup>, modo de execução<sup>172</sup>, instrumentos<sup>173</sup> e ainda circunstâncias de tempo<sup>174</sup> e lugar<sup>175</sup>. Uma vez mais, a constatação da tipicidade formal objetiva depende da presença de tais elementos no tipo em análise.

<sup>166</sup> O Estatuto de Roma prevê vários verbos na definição de seus crimes, especialmente nos crimes de guerra. Menciona-se, a mero título exemplificativo: dirigir (ataques), lançar (ataque), atacar, bombardear, matar, ferir, utilizar, submeter, declarar, destruir, saquear, obrigar, ultrajar, recrutar, dentre outros. Cf. especialmente Artigo 8º do Estatuto.

<sup>167</sup> Para uma análise mais detida de tal elemento, cf. item 4.5.

<sup>168</sup> Os crimes de perigo, *e.g.*, não geram qualquer tipo de modificação no mundo exterior.

<sup>169</sup> A ideia de resultado normativo está essencialmente ligada à tipicidade material, que será tratada no item 3.2.1.3.

<sup>170</sup> No caso brasileiro, o nexo causal está tratado no art. 13 do Código Penal, já transcrito na nota 161.

<sup>171</sup> Como a pessoa em crimes como homicídio, aborto e lesão corporal; o objeto subtraído no caso do furto e a droga, no delito de tráfico.

<sup>172</sup> Como violência, grave ameaça, fraude, emboscada, dentre outros.

<sup>173</sup> Como uso de arma, explosivo, chave falsa, dentre outros.

<sup>174</sup> Como logo após, logo em seguida, dentre outros.

<sup>175</sup> Como domicílio, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, dentre outros.

### 3.2.1.2

#### Tipicidade formal subjetiva

Desde a teoria finalista da ação, tem-se entendido que a análise do dolo e da culpa – as duas hipóteses de imputação subjetiva em matéria penal – é feita no âmbito da tipicidade, e não mais da culpabilidade – que, por sua vez, abrangerá outros elementos.<sup>176</sup>

Antes de apresentar as definições para esses termos, cabe consignar que a regra geral no Direito Penal do *Civil Law* é o dolo, sendo a culpa hipótese excepcional – ainda que se possa discutir qual é a fronteira entre cada um deles.<sup>177</sup>

No Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, especificamente no Artigo 30 (cuja rubrica é “Elementos Psicológicos”), pode-se ler, no item 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 de seus elementos materiais”. Portanto, está consagrada a responsabilidade subjetiva.<sup>178</sup>

No caso brasileiro, também há norma semelhante que coloca o dolo como regra geral. Trata-se do parágrafo único do art. 18 do Código Penal.<sup>179</sup>

A definição de dolo apresentada por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar guarda consonância com o mencionado Artigo 30 do Estatuto: “*dolo é a vontade de realizar o tipo, guiada pelo conhecimento dos elementos do tipo objetivo necessários para sua configuração*” (2010, p. 270); portanto, o conhecimento dos elementos do tipo e a vontade de realizar a conduta imaginada.

É o que se convencionou chamar de elementos cognitivo e volitivo do dolo, ou seja, exige-se a cognição – imaginam-se os elementos do crime – e a volição. Presentes tais elementos, conclui-se que houve dolo na conduta.<sup>180</sup>

<sup>176</sup> Cf. item 3.2.3.1., que trata da evolução do conceito de culpabilidade e ainda da substancial modificação trazida pela teoria finalista da ação.

<sup>177</sup> Ainda que a caracterização do crime ocorra a título de culpa, e não dolosamente, tem-se que a responsabilidade penal é essencialmente subjetiva. Trata-se do chamado princípio da culpabilidade, que leva esse nome por razões históricas, vez que o dolo e a culpa foram por longa data tratados como parte da culpabilidade. Enfim, o Direito Penal atual repudia a responsabilidade objetiva, pois seria um contrassenso intransponível pensar na aplicação de uma pena, regra geral privativa de liberdade, para quem não agiu sequer culposamente.

<sup>178</sup> No Capítulo 5, será examinado se o Artigo 30 do Estatuto de Roma se refere ao dolo e à culpa do Direito Penal de tradição romano-germânica ou a *mens rea* do *Common Law*.

<sup>179</sup> “Art.18. [...] Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

As chamadas “teorias do dolo” buscam a definição para esse termo e consequente distinção da culpa. Pela “teoria da vontade”, o dolo exige a vontade dirigida ao resultado – e aí se está diante do chamado dolo direto. Já a “teoria do consentimento” exige que o autor assuma o risco da produção do resultado, gerando o chamado dolo eventual.<sup>181</sup> Por fim, pela “teoria da representação”, basta a previsão do resultado como certo ou ao menos provável para que o dolo reste caracterizado. (BITENCOURT, 2012, p. 348-350).<sup>182</sup>

Já a culpa se caracteriza pelo fato de o agente não visar ao resultado danoso, mas o provocar por inobservância de dever objetivo de cautela – imprudência, negligência ou imperícia.<sup>183 184</sup>

Assim, a caracterização da tipicidade subjetiva culposa exige a presença dos seguintes requisitos: conduta humana voluntária dirigida a um resultado penalmente lícito, resultado danoso, nexos causal, inobservância do dever de cautela e previsibilidade do resultado. (TOLEDO, 1999, p. 288-301).<sup>185</sup> Apenas se ressalte que previsibilidade não se confunde com previsão, já que também é possível a caracterização da culpa inconsciente – quando o agente não prevê o resultado, apesar de ter condições de tê-lo feito. Por outro lado, na hipótese de ser o resultado imprevisível, caracteriza-se o caso fortuito, que por sua vez não gera responsabilidade criminal, por ausência de tipicidade formal subjetiva. Em outras palavras, a conduta será atípica.<sup>186</sup>

<sup>180</sup> Cf. Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2010, p. 273-274).

<sup>181</sup> Leciona Bitencourt: “‘assumir’ equivale a *consentir*, que nada mais é que uma forma de *querer*. O *consentimento* do autor na produção do resultado seria, ademais, o fator para diferenciar o *dolo eventual* da *culpa consciente*, pois, nesta, apesar do conhecimento da perigosidade da conduta e da probabilidade de produção do resultado típico, o autor da conduta atua porque considera seriamente que o resultado não chegará a produzir-se”. (2012, p. 349).

<sup>182</sup> No caso brasileiro, é possível afirmar que foram adotadas as teorias da vontade e do consentimento, já que a simples representação do resultado, sem que se consinta na sua produção, pode caracterizar a culpa. É o que se percebe da leitura do art. 18, I, do Código Penal: “Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Já a análise de tais teorias em confronto com o Estatuto de Roma será feita no Capítulo 5.

<sup>183</sup> Dispõe o art. 18, II, do Código Penal brasileiro: “Art. 18. Diz-se o crime: II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

<sup>184</sup> Na definição de Bitencourt: “*Culpa* é a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível”. (2012, p. 363).

<sup>185</sup> A questão da culpa no Estatuto de Roma também será tratada no Capítulo 5.

<sup>186</sup> No âmbito da tipicidade subjetiva, também devem ser considerados: os crimes preterintencionais, também conhecidos como preterdolosos (em que o agente age com dolo e acaba atingindo um resultado mais gravoso a título de culpa); e a figura do “fim especial de agir”, quando o tipo prevê expressões como “com o fim de”, “com o intuito de”, entre outras.

### 3.2.1.3 Tipicidade material

Ainda que na tipicidade formal objetiva a análise não possa ser concebida de forma puramente descritiva, na tipicidade material ganha ainda mais relevo o aspecto valorativo. Isso porque o objeto de análise da tipicidade material recai na afetação considerável de bem jurídico alheio. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, 2010, p. 27).

Em outras palavras, deve-se verificar se a conduta foi relevante para ao menos criar um risco de lesão para o objeto da tutela penal. Na hipótese de a conduta ser inócua para o bem jurídico, não haverá tipicidade material.

Há alguns princípios de Direito Penal que devem nortear o intérprete na análise da tipicidade material. O primeiro deles é o princípio da ofensividade, que por sua vez exige a existência de efetiva lesão, ou ao menos de perigo efetivo, para o bem jurídico protegido. A propósito, a conhecida figura do crime impossível nada mais é do que uma situação de atipicidade material pelo princípio da ofensividade. Isso porque, no crime impossível, não há a menor possibilidade de se atingir a consumação, ou seja, não há sequer risco de lesão para o bem – tanto é assim que o crime impossível também é conhecido por tentativa inidônea, ou seja, não há idoneidade para lesar o bem.<sup>187</sup>

Em complementação ao princípio da ofensividade, tem-se o princípio da insignificância. Há situações em que até há lesão ao bem jurídico, mas de tal sorte pequena que não há o menor sentido em utilizar-se do instrumento penal para reprimi-las. São conhecidos os casos de subtração de galinhas, chinelos e outros objetos irrisórios, cuja aplicação do Direito Penal ofenderia frontalmente seu caráter subsidiário.<sup>188</sup>

Por fim, tem-se ainda o princípio da adequação social, assim definido por Bitencourt: “o comportamento que se amolda a determinada descrição típica

---

<sup>187</sup> No caso brasileiro, o crime impossível está previsto no art. 17 do Código Penal, que assim dispõe: “Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

<sup>188</sup> Os crimes exclusivamente patrimoniais são o principal exemplo de aplicação prática do princípio da insignificância, o que não impede sua consideração em várias outras hipóteses. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal adota os seguintes critérios para aferição da insignificância: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 118.853). Entretanto, são critérios por demais imprecisos, como muito bem demonstrado por Mendonça. (2015).

formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao *socialmente permitido* ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica”. (2012, p. 55-56).<sup>189</sup>

### 3.2.2 Ilicitude

#### 3.2.2.1 Características gerais

Como já foi dito, não basta que o fato seja típico para que se caracterize o crime. É necessária ainda a presença dos elementos ilicitude e culpabilidade, que também compõem o conceito analítico de crime.

A ilicitude, no conceito de Jair Leonardo Lopes, é “a relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento jurídico”. (1999, p. 131). Ou seja, além da tipicidade, é necessário verificar se a conduta fere – ou não – o Direito. Não faria sentido algum entender como crime o fato típico, considerado isoladamente. Afinal, torna-se imprescindível que a conduta vá contra o ordenamento jurídico. Portanto, conforme este, aquela é lícita, respaldada pelo Direito, o que afasta a caracterização do crime.

A existência de um fato típico já significa um forte indício de ilicitude. Afinal, a simples tipificação da conduta já implica, por si só, um considerável conteúdo de ilicitude. Nos dizeres de Paulo José da Costa Júnior: “A tipicidade está para a ilicitude assim como a fumaça está para o fogo. A tipicidade é um indício de antijuridicidade”. (2008, p. 123). Trata-se da chamada teoria da *ratio cognoscendi*.<sup>190</sup>

Diante de tal contexto, a maneira que se tem para descaracterizar esse indício de ilicitude é a presença de uma das causas de exclusão. Com o

<sup>189</sup> Exemplos tradicionais são os cortes de unha e de cabelo, que poderiam, *a priori*, levar à tipicidade formal no crime de lesões corporais – considerando que a integridade corporal do ofendido é violada. Entretanto, a doutrina ressalta a falta de precisão existente no referido princípio, o que pode levar à insegurança e a decisões contraditórias. (BITENCOURT, 2012, p. 56). Apenas se registre que, na maioria absoluta das vezes, os casos alcançados pela adequação social acabam não tendo repercussão judicial – o que é absolutamente pertinente.

<sup>190</sup> Ou seja, a ilicitude como “razão de conhecer” da ilicitude. Entretanto, há quem defenda que a tipicidade não seria apenas uma “razão de conhecer”, mas sim a “razão de ser” da ilicitude. Trata-se da chamada teoria da *ratio essendi*. Para seus defensores, a análise de tipicidade e de ilicitude ocorreria num só momento, vez que se estaria diante do chamado “tipo total de injusto”. Para maiores detalhes, cf. a tese de doutoramento de Luciano Santos Lopes. (2012).

afastamento da ilicitude, a conduta se tornará lícita, ou seja, em conformidade com o ordenamento jurídico.

As causas de exclusão da ilicitude, também conhecidas por causas de justificação, são: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de direito e o consentimento do sujeito passivo.<sup>191</sup>

Com a constatação do fato típico e ilícito, estará caracterizado o “injusto penal”, assim conceituado por Toledo:

ilicitude é a contradição que se estabelece entre a conduta e uma norma jurídica, ao passo que o *injusto* é a própria conduta valorada como antijurídica. [...] Note-se que o conceito de *injusto* engloba toda e qualquer ação típica e antijurídica, mesmo que não seja culpável. O crime é, pois, um injusto culpável. (1999, p. 119).

### 3.2.2.2

#### Causas de exclusão

O estado de necessidade pode ser visto como um balanceamento de bens ou interesses em conflito. Isso porque a excludente se caracteriza quando, em situação de perigo, determinado bem, interesse ou direito é lesado para salvar outro. Essa é, em resumo, a causa justificante.<sup>192</sup>

O primeiro requisito do estado de necessidade é a existência do chamado “perigo atual”. Ou seja, já deverá existir uma situação de efetivo risco de lesão ao bem jurídico. René Ariel Dotti exemplifica: “inundação, naufrágio, incêndio, fome, doença...” (2005, p. 390). Ressalte-se ainda que o perigo deve ser atual. Portanto, a situação de risco deve estar acontecendo, mesmo que o bem ainda não tenha sido lesado. Por outro lado, não há estado de necessidade quando o perigo for pretérito ou futuro.

<sup>191</sup> No caso do Direito Penal brasileiro, as excludentes de ilicitude estão previstas no art. 23 do Código Penal. Entretanto, esse olvidou de elencar o consentimento do sujeito passivo como uma das causas de justificação. Entretanto, a doutrina penal entende que o consentimento deve ser tratado como causa supralegal, ou não codificada, de exclusão da ilicitude. Já alguns códigos penais estrangeiros, como os de Portugal e Itália, optaram pela previsão expressa dessa excludente. Para maiores detalhes, cf. Reiss (2004).

<sup>192</sup> No caso do Direito Penal brasileiro, a definição de estado de necessidade se encontra prevista no art. 24 do Código Penal: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2015.

Exige-se ainda a involuntariedade na provocação do perigo. A causa de justificação dependerá da constatação de que o agente não provocou o perigo a título de dolo. Por outro lado, devemos ressaltar a hipótese de que o perigo seja provocado por uma conduta culposa, ou seja, por falta de dever de cuidado. Nessa hipótese, ainda assim o estado de necessidade poderá se caracterizar. Luiz Regis Prado cita o “exemplo do incêndio causado em um edifício por culpa do agente, que, para fugir do fogo, produz lesões corporais ou danos”. (2008, p. 349). Por fim, o perigo pode ser causado por um fenômeno da natureza: inundação, incêndio por causas naturais, situação de seca extrema, dentre outros.

Em seguida, é necessário verificar a inevitabilidade da lesão. Isso porque o estado de necessidade depende da seguinte exigência: a única maneira de salvar determinado bem será lesando outro, ou seja, a lesão é inevitável. Caso exista a possibilidade de salvar o que está em perigo sem lesão, o estado de necessidade não se caracterizará, e a conduta deverá ser tida como ilícita.

O requisito seguinte para a caracterização do estado de necessidade é a razoabilidade em não exigir o sacrifício do direito em perigo. Nessa questão exige-se a ponderação dos interesses. O posicionamento que tem prevalecido é o seguinte: só não é razoável exigir o sacrifício quando o direito salvo for mais relevante que o direito lesado. Em outras palavras: o bem lesado deve ser menos importante que aquele salvo. Caso o direito que se protege do perigo for de igual importância do lesado, ou também menos importante, não se caracterizará o estado de necessidade, e a conduta permanecerá ilícita. Nesse caso, tal ponderação de interesses poderá refletir na culpabilidade – o chamado estado de necessidade exculpante (hipótese de inexigibilidade de conduta diversa), que se opõe ao estado de necessidade justificante.<sup>193</sup>

O tradicional exemplo do furto famélico poderá ensejar a excludente ora examinada. Alguém que subtrai alimento para outrem, ou seja, coisa alheia móvel (fato típico, art. 155 do CP), com o fim de saciar a imensa fome que abate seu filho não deixará de estar lesando o patrimônio alheio, mas com o propósito de

---

<sup>193</sup> Diante de tal posicionamento, não se mostraria adequado o conhecido exemplo da tábua de salvação, ou tábua de Carneades, em que um naufrago se apropria de um pedaço de madeira boiando para salvar-se do afogamento, mas acaba provocando a morte do outro naufrago. Considerando que a vida do agente salvo tem o mesmo valor da vida do naufrago morto, o estado de necessidade não estará caracterizado – apesar de ser inegável que tal exemplo repercutirá na culpabilidade.

salvar a saúde (ou até mesmo a vida) do filho. Assim estará caracterizado o estado de necessidade de terceiro.<sup>194</sup>

Há ainda alguns outros exemplos: aquele que fere terceiros para salvar-se de um incêndio, aquele que furta medicamentos para salvar um doente, ou ainda quem furta um veículo para levar o doente ao hospital, dentre outros.<sup>195</sup>

Além dos requisitos ora mencionados, Prado elabora mais um – a conduta não poderá implicar uma grave violação à dignidade da pessoa humana. Para respaldar seu posicionamento, o autor cita dois exemplos: o cirurgião que extrai o rim de uma pessoa, sem o seu consentimento, para transplantá-lo em outra e salvar-lhe a vida; e o indivíduo que mata outro para salvar a vida de várias pessoas, como na hipótese em que se mata o proprietário de uma lancha que se recusa veementemente a salvar a vida de vários náufragos em perigo. (2008, p. 348). Apesar de haver lesão a bens menos importantes para salvar outros de maior relevância, o autor defende que não seria possível considerar tais condutas lícitas, já que se estaria legitimando um “grave atentado à pessoa humana. Em ambos os casos o ser humano é utilizado como um mero instrumento para a consecução de outros fins e isso implica grave atentado contra sua dignidade”. (2008, p. 348-349).<sup>196</sup>

Com relação à legítima defesa, tem-se um apontamento inicial. Há vedação para que se faça justiça com as próprias mãos. O monopólio da jurisdição pertence ao Estado, coibindo-se, assim, qualquer tentativa de impor a vingança privada.<sup>197</sup>

Por outro lado, é fato inconteste que o Estado não tem a menor condição – e pretensão – de estar presente em todos os atos da vida cotidiana. Portanto, nem sempre é possível contar com o exercício do poder estatal. Por tal razão, o Direito

<sup>194</sup> Recorde-se ainda que, dependendo do valor da coisa furtada, poderá se excluir a própria tipicidade material da conduta em face do princípio da insignificância, como já tratado supra. Em tal situação, seria inclusive desnecessário analisar a ilicitude do fato, em razão da ausência de tipicidade.

<sup>195</sup> O Código Penal brasileiro ainda prevê, em sua Parte Especial, determinadas normas que podem ser chamadas de “estados de necessidade específicos”. É o caso do aborto necessário (art. 128, I) e do constrangimento ilegal nos casos de intervenção médica ou cirúrgica se justificada por iminente perigo de vida e ainda de coação para impedir suicídio. (art. 146, § 3º).

<sup>196</sup> Conclui o autor: “é de todo aconselhável restringir o campo de abrangência do estado de necessidade justificante: este será uma causa de justificação quando o mal causado for menor que o evitado, desde que a conduta realizada não implique uma infração grave do respeito devido à dignidade da pessoa humana”. (2008, p. 349).

<sup>197</sup> O Código Penal brasileiro, em seu art. 345, prevê, inclusive, o crime de exercício arbitrário das próprias razões.



permite a atuação do indivíduo para salvar-se de determinadas situações, por exemplo quando se depara com uma situação de injusta agressão. É a chamada legítima defesa, ou seja, uma defesa legitimada pelo ordenamento jurídico, que terá o condão de excluir a ilicitude da conduta.<sup>198</sup>

A excludente em análise possui determinadas exigências relativas à agressão e ainda à reação.

Só existirá legítima defesa quando o agente se deparar com uma agressão, que é uma conduta humana voluntária que vise lesar determinado bem. Portanto, a excludente em análise depende de que alguém, intencionalmente, aja para lesar bem alheio.

É fácil notar que aqui reside a principal distinção entre o estado de necessidade e a legítima defesa. A primeira causa de justificação exige uma situação de perigo, ou seja, risco causado por fenômeno da natureza ou por conduta culposa. Já para a legítima defesa o perigo é específico: necessita-se de uma agressão. Conclui-se, portanto, que a legítima defesa pode ser vista como um “estado de necessidade mais específico”.

Não basta tão somente uma agressão. Essa deve ser injusta, ou seja, não deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico. Caso a agressão esteja autorizada pelo Direito, ela será tida como justa e não viabilizará a atuação em legítima defesa.<sup>199</sup>

Além disso, a agressão deve ser *atual* ou *iminente*. Por atual se entende aquela que está acontecendo. Já a agressão iminente, segundo Lopes, é aquela “que está por acontecer, mas que não comporta espera, sob pena de consumir-se a

---

<sup>198</sup> No caso do Direito Penal brasileiro, a definição de legítima defesa se encontra prevista no art. 25 do Código Penal: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 08 jun. 2015.

<sup>199</sup> Neste sentido, há dois exemplos interessantes, oriundos de situações envolvendo prisão. Não pode invocar a legítima defesa aquele que agride policiais responsáveis por uma prisão legal. Caso contrário, estaria se admitindo a excludente mesmo diante de uma agressão justa. Por outro lado, pode-se falar em legítima defesa contra uma prisão arbitrária, sem respaldo no ordenamento jurídico, vez que se estaria diante de uma agressão injusta. Seguindo tal raciocínio, não se admite a chamada “legítima defesa real contra legítima defesa real”. Isso porque quem age em legítima defesa provoca uma agressão justa, inviabilizando, assim, a reação.

ofensa, ou que, pelas circunstâncias, torne a reação do agredido inadiável e incontinenti para evitar o dano”. (1999, p. 133).<sup>200</sup>

No tocante à reação, exige-se moderação e necessidade dos meios, pautando-se pela proporcionalidade com relação à agressão.

Meios necessários são aqueles que o agente dispõe no instante da agressão para repeli-la. Caso tenha apenas um objeto, esse será o meio necessário. Entretanto, caso disponha de mais de um meio, deverá optar pelo menos gravoso para repelir a agressão.

Por fim, exige-se moderação na reação. Assim, o agredido deve reagir, mas apenas para colocar fim à agressão. Ultrapassado tal limite, estará caracterizado o excesso. A legítima defesa não pode legitimar o abuso, ou ainda servir de escusa para aquele que deseja lesar bens alheios. Portanto, a legítima defesa tem uma clara limitação: o fim da agressão (atual ou iminente).<sup>201</sup>

Qualquer bem juridicamente tutelado, objeto da agressão, pode ser salvo, desde que com os meios necessários e moderadamente. Portanto, na legítima defesa, não cabe discussão se o bem agredido é mais, menos ou de igual importância do bem lesado pela reação. Basta ao intérprete verificar se a reação foi realizada com os meios necessários e moderadamente.<sup>202</sup>

A propósito, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional trata da legítima defesa. O Artigo 31 (cuja rubrica é “Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal”), item 1, c, que assim dispõe:

<sup>200</sup> Sendo assim, não existe legítima defesa contra agressão pretérita. Já com relação à agressão futura, só se admite a legítima defesa nas restritas hipóteses de ela ser iminente. Eventual agressão futura, mas que não esteja prestes a ocorrer, não caracterizará a causa de justificação.

<sup>201</sup> Sobre a figura do excesso na legítima defesa, cf. Guerrero (1997).

<sup>202</sup> Nesse ponto reside tema bastante intrigante, a chamada “legítima defesa da honra”. Atualmente, tem-se entendido que o homicídio do cônjuge traído pelo cônjuge ofendido não caracteriza a legítima defesa, uma vez que não estariam obedecidas as exigências da moderação e da necessidade dos meios. Em caso envolvendo tal discussão, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “o adultério não coloca o marido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25, do Código Penal”. (REsp 1.517/PR). Entretanto, não se pode restringir a chamada legítima defesa da honra aos casos de homicídio por cônjuge traído. É perfeitamente possível que alguém sofra determinada calúnia, por exemplo, num local repleto de pessoas. Trata-se de uma agressão injusta e atual à sua honra. Nada impede que o agredido, por hipótese, tape a boca do caluniador e o coloque para fora do recinto, usando inclusive certa dose de vigor físico. Em tal exemplo, respeitando a necessidade dos meios e a moderação, pode-se afirmar que a legítima defesa do bem jurídico honra exclui a ilicitude da conduta. O mesmo raciocínio pode ser empregado com relação ao patrimônio, à liberdade, à integridade, à dignidade sexual, dentre outros. Portanto, não interessa qual o bem jurídico que sofre a agressão, mas sim se a reação foi com os meios necessários e moderada.

1. 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:

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;

Sobre a norma acima transcrita, cabem duas observações. Inicialmente, chama a atenção a ênfase que se deu aos limites para a caracterização da excludente: exige-se razoabilidade na legítima defesa e ainda a previsão de punição pelo excesso, de forma que a operação de defesa por si só não legitima a exclusão de responsabilidade criminal.

Já o estado de necessidade é previsto no Artigo 31, 1, *d*, ii, que será examinado oportunamente.<sup>203</sup>

Dando continuidade à análise das causas de justificação, tem-se o estrito cumprimento do dever legal, que é definido em sua própria denominação: exige-se uma conduta em estrito cumprimento do dever legal para que a ilicitude seja excluída.

Em certas situações, o ordenamento jurídico impõe determinados deveres ao ser humano. É o que ocorre no tradicional exemplo do carrasco, encarregado do cumprimento da pena do condenado à morte. Por razões óbvias, a conduta do carrasco, ao matar o condenado, é perfeitamente típica. Por outro lado, ele age para cumprir um dever imposto pela lei. Sendo assim, estará excluída a ilicitude.

Portanto, nas hipóteses em que a lei impõe o dever, a conduta, apesar de típica, estará respaldada pelo Direito, descaracterizando, assim, o crime.

A expressão “dever legal” tem recebido interpretação extensiva pela doutrina, nos dizeres de Bitencourt: “a *norma* da qual emana o dever tem de ser *jurídica*, e de caráter geral: lei, decreto, regulamento etc”. (2012, p. 423). Registra ainda o autor que a excludente não se aplica a obrigações de caráter puramente social, moral ou religioso.

Os principais exemplos a respeito dessa justificante estão relacionados à atuação de funcionários públicos.<sup>204</sup> Por outro lado, não se pode ignorar que há

---

<sup>203</sup> Cf. Capítulo 5.

deveres dirigidos ao particular, como a exigência legal aos pais de sustento, guarda e educação dos filhos.<sup>205</sup>

O mesmo raciocínio empregado no estrito cumprimento do dever legal se aplica também ao exercício regular de direito. Só há uma diferença substancial: enquanto o primeiro se refere ao cumprimento de um dever, o segundo se refere ao exercício de um direito.

Segundo Dotti, “seria uma contradição intolerável que o exercício de um direito fosse considerado ilícito”. (2005, p. 397). Portanto, quando alguém exerce um direito consagrado pelo ordenamento jurídico, está tendo uma conduta lícita.<sup>206</sup>

O consentimento do sujeito passivo é a quinta e última causa de exclusão da ilicitude. Isso porque é perfeitamente possível que o titular do bem jurídico penalmente protegido possa, em determinadas situações, dispor de tal bem. Exemplo característico ocorre com questões puramente patrimoniais. Em tais situações, pode-se estar diante de uma conduta típica, porém lícita. Portanto, o

<sup>204</sup> É o caso do oficial de justiça que apreende bens em cumprimento de mandado de busca e apreensão, do carcereiro que mantém alguém legitimamente preso, dentre outros.

<sup>205</sup> No caso brasileiro, trata-se de dever previsto no art. 1.566, IV, do Código Civil.

<sup>206</sup> Alguns exemplos devem ser mencionados: o direito à greve, constitucionalmente assegurado, a defesa no esbulho possessório (art. 1210, § 1º, do Código Civil), dentre outros. Por fim, há alguns temas relacionados ao exercício regular de direito que precisam ser lembrados: a violência desportiva, o tratamento médico-cirúrgico e ainda os ofendículos. É perfeitamente possível, e até mesmo comum, que a prática desportiva acabe gerando lesões entre os participantes, e quiçá a própria morte. Para analisar tal questão, faz-se necessário registrar que o art. 217 da Constituição prevê que “é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um...”. Sendo assim, a chamada violência desportiva é entendida no âmbito da excludente do exercício regular de direito, desde que obedecidas as regras de cada esporte. Com relação à atividade médico-cirúrgica, o tema é polêmico. Isso porque, ao realizar a intervenção cirúrgica, o médico, inquestionavelmente, lesa de certa maneira a integridade do paciente. Afinal, o simples fato de realizar uma incisão já implica lesão, ainda que o fim visado seja absolutamente justificável. Nesse ponto reside a controvérsia acerca do fundamento dogmático hábil a excluir o crime. Entretanto, a maior parte dos autores entende que o tratamento médico não afasta a tipicidade, mas tão-somente a ilicitude do fato praticado. Nesse sentido: “a operação cirúrgica, mesmo visando à melhora do paciente, atinge sua integridade física. O fato é, portanto, típico. [...] Assim, a partir do momento em que o exercício da medicina é regulamentado, fiscalizado e até mesmo fomentado pelo Estado, pode-se concluir que eventuais danos ocorridos no exercício da medicina são justificados pelo exercício regular de direito.” (REISS, 2004, p. 110-111). Já os ofendículos, na definição de Bitencourt, são “dispositivos ou instrumentos que objetivam impedir ou dificultar a ofensa ao bem jurídico protegido, seja patrimônio, domicílio ou qualquer outro bem jurídico”. (2012, p. 425). São exemplos a cerca elétrica, os cacos de vidro em um muro e o cão de guarda. Uma vez mais, há discussão a respeito de qual excludente se aplicaria aos ofendículos: a legítima defesa ou o exercício regular de direito, ou ainda uma posição mista. Parece que a posição mais adequada seria a do exercício regular de direito, especificamente no tocante à proteção do patrimônio – desde que, obviamente, não haja excesso.

consentimento terá o condão de excluir a ilicitude da conduta. (REISS, 2004, p. 29-35).<sup>207</sup>

Apesar de o Estatuto de Roma não tratar expressamente do estrito cumprimento do dever legal, do exercício regular de direito e do consentimento, é em tese possível sua aplicação. Isso porque o item 3 do mencionado Artigo 31 – que trata da exclusão da responsabilidade criminal – assim prevê:

3. No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal; distintos dos referidos no parágrafo 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual.<sup>208</sup>

A partir do instante em que ilicitude revela contrariedade ao Direito, e não apenas a uma ou outra norma positivada, não poderia ser de outra forma. Torna-se relevante verificar se a conduta ofende o ordenamento jurídico como um todo, e não apenas um artigo isoladamente – no caso, o Artigo 31, item 1, do Estatuto de Roma. É por isso que atualmente se fala em ilicitude material, e não formal. (TOLEDO, 1999, p. 161-162).

Registre-se por fim que, apesar da possibilidade, em tese, de aplicação dessas três excludentes não mencionadas expressamente pelo Estatuto, é pouco provável que isso venha a ocorrer. Isso porque, diante de um rol de crimes de tamanha gravidade, fica difícil imaginar uma conduta tão reprovável que eventualmente possa caracterizar um dever legal, um exercício de direito ou ainda que recaia sobre um bem disponível.

### 3.2.3 Culpabilidade

<sup>207</sup> O consentimento pode gerar variadas consequências na caracterização (ou não) do crime. Pode não gerar consequência alguma, visto que a regra geral é que tutela penal recaia sobre os bens indisponíveis. Pode figurar também como elemento do tipo, servir como parâmetro na aplicação da pena ou ainda excluir a tipicidade da conduta – isso no caso de o dissenso ser uma elementar (REISS, 2004, p. 15-17 e 24-29). Entretanto, o consentimento é lembrado pela doutrina principalmente como causa de exclusão da ilicitude.

<sup>208</sup> O Artigo 21 trata do chamado “Direito Aplicável” pelo Tribunal, e prevê até mesmo a possibilidade, ainda que sucessiva, de aplicação do direito interno do Estado que exerceria a jurisdição. Por óbvio que a prioridade de aplicação é do Estado de Roma (item 1, *a*, do mencionado Artigo). O referido Artigo foi transcrito na nota 18 deste Capítulo.

### 3.2.3.1 Evolução e conceito

A culpabilidade é nitidamente um conceito ainda em evolução, razão pela qual se faz necessária uma análise de sua evolução para que se alcance sua real compreensão.

Como ressaltado por Roxin, já houve um tempo em que a culpabilidade continha todo o conteúdo subjetivo do crime. Além do injusto penal (objetivo), acrescentavam-se o dolo e a culpa, que eram as “formas de culpabilidade”. Trata-se do chamado “sistema clássico” do crime (2010, p. 27), baseado num conceito causalista de ação – sendo que a culpabilidade era, portanto, essencialmente psicológica. (AMBOS, 2010, p. 122). Por tal razão se afirma que prevalecia a teoria psicológica da culpabilidade.

Entretanto, não tardaram a surgir críticas a esse sistema, como a relação causal excessivamente ampla nos crimes comissivos<sup>209</sup>; a ausência de relação causal nos crimes omissivos; a dificuldade em explicar o crime tentado, também pela inexistência de causalidade em muitas situações; a ausência de relação causal nos crimes estruturados de forma normativa, como a injúria; dificuldade em explicar algumas formas de participação; dificuldade em conceber a culpabilidade de forma puramente subjetiva, especialmente com relação ao fundamento da culpa inconsciente; e ainda situações que refletem na culpabilidade mas que possuem conotação objetiva, as chamadas causas de exculpação. (ROXIN, 2010, p. 27-29).<sup>210</sup>

Surge então, nos anos que sucederam a II Guerra Mundial, a teoria finalista da ação, pensada pelo alemão Hans Welzel<sup>211</sup> – a qual continua a exercer grande influência no Direito Penal atual.<sup>212</sup> Para o finalismo, toda conduta é

<sup>209</sup> No exemplo de Roxin: “o fabricante e o vendedor de um automóvel compõem a relação causal de um acidente fatal causado pelo comprador do veículo” (2010, p. 27).

<sup>210</sup> Sobre os problemas do “sistema clássico”, fundado no causalismo, cf. ainda Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar. (2010, p. 174-176)

<sup>211</sup> Houve ainda uma fase intermediária, como lecionam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar: “O injusto se mantinha predominantemente objetivo, apesar da admissão excepcional de certos elementos subjetivos, e também aqui se renunciava a um conceito descritivo em favor de um valorativo. A culpabilidade, sem abrir mão de exprimir um vínculo de imputação subjetiva, passou a constituir um juízo (de reprovabilidade) baseado numa norma de determinação (num imperativo)”. (2010, p. 32). Vigorava, então, a chamada teoria psicológico-normativa da culpabilidade.

<sup>212</sup> A reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro, levada a cabo pela Lei N. 7.209/84, adotou as premissas do finalismo, já que incorporou o dolo e a culpa à tipicidade, como exposto supra (item 3.2.1). Além disso, o tratamento dado ao erro de tipo e ao erro de proibição, no Brasil,

direcionada à determinada finalidade. Consequentemente, não se pode afirmar que o crime é doloso ou culposos, mas sim que a conduta é dolosa ou culposa. Portanto, o dolo e a culpa deixam de integrar a culpabilidade e passam a compor a tipicidade subjetiva. Continua Roxin:

E quando se conceitua a culpabilidade – como faz a teoria finalista da ação –, não como conceito compreensivo dos elementos subjetivos, mas como “reprovabilidade”, nela podem ser integrados, sem problema algum, os elementos objetivos de que depende a reprovação da culpabilidade. (2010, p. 29).

Assim, a culpabilidade não mais considera o dolo e a culpa; avalia a presença da imputabilidade do agente, cobra dele uma conduta diversa e ainda sua consciência potencial da ilicitude – essa, o elemento normativo da culpabilidade, razão pela qual se fala numa teoria normativa pura da culpabilidade.

Mesmo com méritos, o finalismo, que conseguiu restringir sobremaneira os critérios de imputação criminal, ainda assim foi criticado, por sua insuficiência em explicar os crimes culposos, omissivos e as descriminantes putativas, dentre outras críticas.

O marco seguinte da teoria do crime é a construção de Jakobs, que abandona os pressupostos ontológicos característicos do finalismo e parte de pressupostos normativos, quais sejam, os fins da pena. (ROXIN, 2010, p. 33). Entretanto, sua posição é criticada por não separar injusto e culpabilidade e ainda pelo fato da culpabilidade não limitar a punibilidade. (ROXIN, 2010, p. 34-35).

Superando a posição de Jakobs, Roxin defende que a centralidade da análise deve recair sobre o bem jurídico.<sup>213</sup> Consequentemente:

Se a tarefa do direito penal repousa na proteção do bem jurídico, e se se lança a pergunta de como o legislador pode alcançar tal objetivo, então a resposta só pode ser uma: proibindo todas as ações que representem um risco não permitido para o bem jurídico protegido e imputando ao autor o resultado típico, que surge como realização de um risco não permitido. (2010, p. 39).

Trata-se da conhecida da teoria da imputação objetiva, que refere-se à análise da relação de causalidade no âmbito da tipicidade objetiva, mas que não possui reflexos diretos na definição de culpabilidade.<sup>214</sup>

---

também revela uma nítida concepção finalista. A problemática do erro ainda será examinada no Capítulo 5.

<sup>213</sup> Uma análise mais detalhada sobre a questão do bem jurídico é apresentada no item 4.5.

<sup>214</sup> Roxin afirma que “está provado que uma concepção de injusto assim construída oferece uma capacidade de rendimento na resolução de problemas jurídicos práticos que não foi alcançada

Já a culpabilidade é assim definida por Roxin:

Por culpabilidade entendo a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Idônea para ser destinatária de normas é qualquer pessoa que esteja fundamentalmente em condições de compreender as proibições e mandatos penais e orientar seu comportamento de acordo com eles. (2010, p. 40).<sup>215</sup>

Aqui se opta pela definição de culpabilidade apresentada por Luiz Flávio Gomes, por abordar detalhadamente todos os elementos que a constituem:

juízo de valor (censura), feito pelo juiz, que recai sobre o autor (coautor) ou partícipe de um injusto penal (fato típico e antijurídico), com o propósito de verificar se esse agente, no momento da conduta concreta (da ação ou omissão), tinha capacidade (intelectual e anímica) de se motivar normativamente (isto é, de entender, alcançar, saber, ter acesso ou ter conhecimento do sentido da norma proibitiva ou mandamental) e de se orientar (de se determinar, de decidir, de comportar), na situação concreta em que se encontrava, conforme esse entendimento; é dizer, conforme o Direito. (2001, p. 9-10).

Assim, a culpabilidade deve ser examinada tendo como referência a imputabilidade do agente, seu poder-dever agir de outra forma e ainda a existência de potencial consciência da ilicitude.

Por fim, cabe registrar que há posicionamento isolado na doutrina brasileira que defende ser o crime um fato típico e ilícito. Nesse sentido, a culpabilidade não comporia o conceito analítico de crime, sendo apenas um “pressuposto da pena”.

pelas outras concepções sistemáticas e que não se deixa abalar por eventuais vozes críticas que aparecem na literatura”. (2010, p. 39).

<sup>215</sup> Roxin afirma que, ao contrário das concepções supra mencionadas, “não vejo a culpabilidade como conceito compreensivo dos elementos subjetivos do delito, nem como reprovabilidade e nem tampouco como imputação realizada segundo fins estatais”. (2010, p. 40). Por fim, tem-se que o autor alemão desenvolve um conceito além do de culpabilidade, a chamada responsabilidade (2010, p. 43-46). Cabe ainda mencionar Bitencourt: “A evolução da teoria do delito a partir de *modelos funcionalistas* [portanto pós-finalistas] caracteriza-se, principalmente, pela tendência de normatização dos conceitos, isto é, pela elaboração de conceitos com base em *juízos de valor*, e pela orientação do sistema penal a finalidades político-criminais. Trata-se [...] de um movimento com dois vértices: o primeiro, de natureza moderada – sustentada por Roxin – que procura fundamentar o sistema penal com *caracteres teleológicos* e *axiológicos* (normativismo funcional teleológico); o segundo, mais radical – defendido por Jakobs –, que postula a total renormatização do sistema penal, *com fundamento sistêmico* (normativismo sistêmico)”. (2012, p. 261). No mesmo sentido é o relato de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar: “A partir dos anos setenta, começou a ensaiar-se uma *construção sistemático-funcional*, ou seja, que comprometia os conceitos jurídico-penais com os objetivos políticos da criminalização primária ou do sistema penal como um todo, renunciando a deduzir tais conceitos da natureza ou de estruturas ônticas. [...] Seus autores, embora se afastem por vezes consideravelmente de Welzel, reconhecem nele seu ponto de partida: Roxin afirma que sua teoria é um desenvolvimento do modelo sintético neoclássico-finalista, e Jakobs registra ter largado do funcionalismo ético do finalismo. São estes dois seus mais distinguidos representantes, por terem exposto suas teorias em obras gerais”. (2010, p. 36).



O principal expoente de tal posicionamento é Damásio E. de Jesus, que assim o defende:

A culpabilidade não é elemento ou requisito do crime. O juízo de reprovação não incide sobre o fato, mas sim sobre o sujeito. Não se trata de *fato culpável*, mas de *sujeito culpável*. Culpabilidade é um juízo de reprovação que recai sobre o sujeito que praticou o delito. Por isso, conceituamos o crime como fato típico e antijurídico. (2010, p. 7).

Em seguida, o autor apresenta uma análise por demais literal de algumas normas do Código Penal brasileiro. Afirma que, ao tratar da exclusão da ilicitude, o Código usa a expressão “não há crime”.<sup>216</sup> Já ao tratar da exclusão da culpabilidade, a legislação brasileira utiliza a expressão “isento de pena”.<sup>217</sup>

Tal interpretação não pode prosperar, por vários fundamentos. Inicialmente e como já foi mencionado, seu principal argumento é de cunho eminentemente literal. Na verdade, o Código Penal brasileiro precisou utilizar expressões diferentes para tratar de elementos diferentes do conceito de crime. Por óbvio que aquele que realiza uma conduta lícita também fica isento de pena, apesar de ser esse termo característico da culpabilidade, na legislação brasileira.

Além disso, a culpabilidade pode recair sobre o agente por esse ter realizado uma conduta típica e ilícita, e não simplesmente porque pode ser penalmente responsabilizado. Na verdade, Damásio E. de Jesus, para tentar justificar que a culpabilidade não seria parte do conceito analítico de crime, acaba retornando aos nada saudosos tempos do direito penal de autor.<sup>218</sup>

Ademais, tais argumentos não devem se sobrepor ao posicionamento que prevalece amplamente na doutrina da Europa continental e da América Latina.

### 3.2.3.2 Elementos

<sup>216</sup> Art. 23.

<sup>217</sup> Arts. 21 e 26.

<sup>218</sup> Sobre direito penal de autor e direito penal do fato, cf. item 4.4.

A presença ou não da culpabilidade inicia-se pelo exame da imputabilidade. Considerando que imputar significa atribuir<sup>219</sup>, aqui se verifica se o agente tem capacidade para que se atribua a ele responsabilidade criminal. Nos dizeres de Francisco de Assis Toledo, imputabilidade significa “aptidão para ser culpável”. (1999, p. 313).

Regra geral, o ser humano tem capacidade para ser penalmente responsabilizado. As exceções são as hipóteses de inimputabilidade, quando não há como atribuir responsabilidade penal.

O primeiro grande exemplo de inimputabilidade envolve a idade do agente. Como se sabe, no caso brasileiro, não só o Código Penal como a própria Constituição preveem a inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos.<sup>220</sup> O Estatuto de Roma também adotou o mesmo critério ao prever, em seu Artigo 18, que “o Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham completado 18 anos de idade”.<sup>221</sup>

Também se caracteriza a inimputabilidade no caso de patologias psíquicas que afastam o discernimento do agente acerca do lícito/ilícito, ou que impedem que ele aja de acordo com seu discernimento.<sup>222</sup> Em tais casos, torna-se necessário algum tratamento médico, e não a aplicação de uma sanção de natureza penal – o que seria absolutamente inócuo, ou ainda pior, agravaria a patologia.<sup>223</sup>

O Estatuto de Roma trata dessa situação em seu Artigo 31, item 1, *a*. Como já foi transcrito acima, o Artigo 31, item 1, trata das hipóteses de exclusão da responsabilidade criminal. Já a alínea *a* assim dispõe:

<sup>219</sup> Leciona Toledo: “*Imputabilidade* é sinônimo de atribuíbilidade. Imputar é atribuir algo a alguém”. (1999, p. 312).

<sup>220</sup> O tema está tratado no art. 27 do Código Penal, que assim dispõe: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente imputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. No plano constitucional, tem-se o art. 228, que prevê: “São penalmente imputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

<sup>221</sup> Percebe-se certa imprecisão técnica na redação do Artigo 18, que fala em ausência de jurisdição. Portanto, não utiliza nomenclatura característica do *Civil Law* – que seria inimputabilidade – ou mesmo do *Common Law* – que seria defesa baseada na capacidade do agente.

<sup>222</sup> No caso brasileiro, a questão está tratada no art. 26, *caput*, do Código Penal, que assim prevê: “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Reconhecida a inimputabilidade, será aplicada uma “medida de segurança”, que poderá consistir em internação ou tratamento ambulatorial.

<sup>223</sup> Não se está aqui a defender uma aplicação desarrazoada das medidas de segurança, muito pelo contrário. Apenas se registra que a inimputabilidade deve levar à absolvição.

- 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.

Previsão normativa interessante envolve a prática de um injusto penal sob influência de álcool ou alguma outra substância tóxica que possa influenciar na consciência do agente. O Código Penal brasileiro simplesmente não exclui a imputabilidade penal em tal hipótese, salvo em situação manifestamente excepcional.<sup>224</sup> Já o Estatuto de Roma permite o afastamento da imputabilidade em situações não tão drásticas quanto aquelas previstas no ordenamento brasileiro. Assim prevê o Estatuto na alínea *b* do mencionado Artigo 31, item 1:

- 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.

Percebe-se que o Estatuto de Roma deu um tratamento mais brando à questão da embriaguez. Em outras palavras, minimizou a responsabilidade objetiva em tal caso, dando maior alcance ao princípio da culpabilidade – que, por sua vez, consagra a responsabilidade subjetiva em matéria penal.

Apenas se registre que as duas situações acima tratadas não evidenciam se se trata de ausência de culpabilidade por inimputabilidade, como é tratada a questão pelo *Civil Law*, ou de defesa pela incapacidade do agente, como a trata o *Common Law*.<sup>225</sup>

Feitas tais considerações sobre a (in)imputabilidade, cabe considerar o segundo elemento da culpabilidade, conhecido por exigibilidade de conduta diversa ou de comportamento conforme a norma. Assim, só incidirá sobre o agente o juízo de reprovação na hipótese de se concluir que o agente poderia agir

<sup>224</sup> Trata-se da chamada teoria da *actio libera in causa*, ou seja, ação livre na causa. Tal teoria defende que, a partir do instante em que a pessoa era livre para beber ou não, deve responder pelos seus atos praticados enquanto embriagada – o que não deixa de ser uma pequena dose de responsabilidade objetiva, adotada por razões de política criminal. A questão se encontra tratada no art. 28, II (adoção da *actio libera in causa*) e § 1º, que assim dispõe: “Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal: II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Apesar de o § 1º ter excepcionado a regra geral da *actio libera in causa*, percebe-se a manifesta excepcionalidade de sua aplicação.

<sup>225</sup> Cf. item 3.3.3.

de outra forma, ou seja, poderia respeitar a regra de conduta prevista no tipo penal.

Num primeiro momento, o agente que pratica um injusto penal e já é imputável teria condições de se comportar de outra maneira. Entretanto, ainda assim é possível que não lhe seja exigível um comportamento diverso. Os exemplos tradicionais envolvem a coação moral irresistível e a estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, numa relação de direito público. Mas qualquer outra situação em que se conclua que o sujeito ativo não possuía condições de se comportar de outra maneira, estará afastada a culpabilidade.<sup>226</sup>

A hipótese de coação moral irresistível – que gera a inexigibilidade de conduta diversa, afastando assim a culpabilidade – está expressamente prevista no Estatuto de Roma, na alínea *d*, I, do já mencionado Artigo 31, item 1:

- 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;<sup>227</sup>

Já a obediência hierárquica está prevista no Artigo 33 do Estatuto:

- 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;

<sup>226</sup> O art. 22 do Código Penal brasileiro apresenta as duas situações acima mencionadas, que possuem nítido reflexo na culpabilidade: “Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. Apenas se ressalte novamente que o art. 22 menciona um rol meramente exemplificativo das situações envolvendo a inexigibilidade de conduta diversa. Qualquer outra situação análoga, ainda que não prevista no texto positivado, também afastará a culpabilidade. Cabe mencionar a lição de Francisco de Assis Toledo, um dos precursores no Brasil a superar a concepção de que as hipóteses de inexigibilidade deveriam estar positivadas – ou seja, que o art. 22 conteria um rol taxativo. Leciona o autor: “Muito se tem discutido sobre a extensão da aplicação do princípio em foco; entendem alguns autores que sua utilização deva ser restringida às hipóteses previstas pelo legislador para evitar-se mais uma alegação de defesa que poderia conduzir à excessiva impunidade dos crimes. Não vemos razão para esse temor, isto é, não é como um *juízo subjetivo* do próprio agente do crime, mas, ao contrário, como um momento do juízo de reprovação normativo, o qual, conforme já salientamos, compete ao juiz do processo e a mais ninguém”. (1999, p. 329).

<sup>227</sup> Uma vez mais o Estatuto não distingue a excludente como elemento da culpabilidade ou simplesmente como uma *defence*. Cf. Capítulo 5.

- 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.<sup>228</sup>

Nada impede que se vislumbrem outras hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa no Direito Internacional Penal, até mesmo em razão do disposto no item 3 do mencionado Artigo 31.

Por fim, tem-se a potencial consciência da ilicitude. Aqui se discute o chamado “erro de proibição”, que há muito superou o antigo “erro de direito”. O agente deve possuir condições de imaginar que o fato por ele praticado é ilícito. Caso contrário, incorrerá em erro de proibição, e estará afastada a culpabilidade.<sup>229</sup>

O Estatuto de Roma não trata do erro de proibição, pois ainda se baseia na superada dicotomia entre erro de fato (escusável) e de direito (inescusável), ainda que de forma mitigada – como se percebe analisando seu Artigo 32 (cuja rubrica é, inclusive, “erro de fato ou erro de direito”)<sup>230 231</sup>.

### 3.3

#### O Conceito de Crime no Direito Penal Anglo-Saxão

O primeiro aspecto a ser considerado é que a definição de crime no âmbito do *Common Law* não possui o detalhamento que se percebe no Direito Penal continental – que, por sua vez, apresenta conceitos nitidamente mais elaborados.

<sup>228</sup> Assim como na coação moral irresistível, o Estatuto não distingue a obediência hierárquica como excludente da culpabilidade ou simplesmente como uma *defence*.

<sup>229</sup> O tema é expressamente previsto no Código Penal brasileiro. Assim dispõe seu art. 21: “Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”. Portanto, a norma distingue entre erro inevitável – que afasta por completo a culpabilidade, sendo portanto escusável – e evitável – que apenas diminuiu o juízo de reprovação e gera uma diminuição de pena, sendo portanto inescusável.

<sup>230</sup> Assim dispõe o mencionado Artigo 32: “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 artigo 33 do presente Estatuto”. O Artigo 33 já foi acima transcrito, abordando a questão da obediência hierárquica.

<sup>231</sup> O Capítulo 5 discutirá o tratamento dado ao erro no Estatuto, demonstrando a necessidade de se incorporarem os conceitos do Direito Penal continental.

Isso decorre, basicamente, da visão eminentemente pragmática do Direito anglo-saxão, como é explicado por Rochefort:

*En un sistema fundado basalmente en la aplicación práctica, lo importante sin duda son los resultados y no el modo en virtud del cual se llega a ellos. El derecho se hace día a día. Tal vez esa sea una de las primeras cuestiones en las que haya que poner atención. Lo importante es condenar al culpable y absolver al inocente. Discutir acerca de si esa absolución se funda en tales o cuales razones es importante, pero de nada sirve si al hacerlo se olvida cuál es el fondo de la cuestión. No es posible desconocer que el sistema del Case Law funciona. [...] La única forma de aprender del sistema es centrándose en sus aplicaciones exitosas, especialmente cuando muchas veces llega, intuitivamente, a las mismas soluciones que alcanza el sistema continental tras aplicar su inmensa maquinaria conceptual. (2002, p. 20).*

Entretanto, a partir do instante em que o resultado – condenação ou absolvição – é o que realmente importa, receia-se que os critérios para a caracterização do delito acabem por não ser suficientemente uniformes. E, como já foi afirmado supra, seria de suma importância que se estabelecesse um sistema na teoria do delito, com critérios isonômicos de imputação, para que, conseqüentemente, um patamar mínimo de previsibilidade das decisões judiciais fosse gerado.<sup>232</sup>

Não se está afirmando que o *Common Law* seja um sistema jurídico a ser ignorado – muito pelo contrário. Seus méritos são imensuráveis, especialmente quando se considera o caráter democrático de suas decisões, via de regra tomadas por júris populares, e ainda o peso que possuem os precedentes. (DAVID, 2002, p. 439-446). Apenas se está a registrar que a definição de crime não possui o grau de verticalização que se percebe no Direito Penal de inspiração romano-germânica.

Também Claus Roxin, ao tratar do Direito Penal inglês, conclui:

Um Direito Penal concebido de forma sistemática não possui *status* de evidência nem mesmo em países com alto grau de desenvolvimento cultural. A Inglaterra, por exemplo, não conhece, em razão do *case law* que vige por lá, nem o que nós chamamos de parte geral do Direito Penal, nem mesmo sua sistematização e elaboração dogmática. Consequência disso é a grande falta de clareza sobre conceitos relevantes como o de causalidade, dolo e culpabilidade. (2010, p. 26).

Conseqüentemente, é o caso de fazer uma advertência com relação à terminologia e à tradução das palavras utilizadas na teoria do delito do *Common Law*. Como nele há menos critérios de imputação quando se o compara ao Direito

---

<sup>232</sup> Cf. item 3.1.

Penal do *Civil Law*, podem surgir dificuldades na utilização das palavras. É perfeitamente possível que a uma única definição de crime, no Direito Penal anglo-saxão, corresponda um número maior de conceitos, na Europa Continental e na América Latina.<sup>233</sup>

Feitos os registos iniciais, tem-se que a definição de crime no *Common Law* é baseada na dicotomia entre *offence* e *defence*. Inicia-se verificando se estão presentes os aspectos objetivo (*actus reus*) e subjetivo (*mens rea*) do delito, o que caracteriza a *offence*. Em seguida, é examinada a eventual presença de alguma causa de exclusão da responsabilidade criminal, a *defence*. Não havendo nenhuma excludente, está caracterizado o delito. (AMBOS, 2010, p. 130).<sup>234</sup>

A questão é assim resumida por Rochefort:

*Esta formulación se va consagrada en el aforismo latino que reza actus non facit reum, nisi mens sit rea. De esta fórmula emanan los dos elementos constitutivos del delito que ha acuñado la tradición anglosajona: actus reus (o elemento externo) y mens rea (o elemento interno). [...] Sin embargo, la concurrencia de estos elementos no garantiza sin más la existencia de la responsabilidad. Es necesario además que no concurra alguna de las circunstancias a las que la ley o el Common Law ha dado capacidad de eximir de responsabilidad al agente. Estas circunstancias se conocen como defensas generales (en la medida que su aplicación se refiera a la generalidad de los delitos) o especiales (en la medida que su aplicación se restrinja a alguno o algunos de ellos). (2002, p. 14 e 18).*<sup>235</sup>

Portanto, é necessário verificar, no caso concreto, se houve *actus reus*, *mens rea* e ainda alguma *defence*, para que então se conclua se é o caso de imputar a alguém a responsabilidade criminal.

### 3.3.1 **Actus Reus**

<sup>233</sup> Nesse sentido é a lição de Rochefort: *Sin embargo, es necesario tener en cuenta algunas limitaciones lingüísticas. La terminología (y naturalmente la riqueza conceptual que tras ella se esconde) de que se sirve la teoría continental del delito resulta tremendamente más sofisticada que la del Common Law. Esto produce que determinadas expresiones anglosajonas envuelvan en ocasiones más de un concepto continental* (2002, p. 7).

<sup>234</sup> Quando se fala que a análise é sequencial (inicialmente a *offence*, e num segundo momento a *defence*), tem-se apenas um critério prático para que se conclua se houve ou não crime. Por óbvio que não há “momentos distintos” na prática do delito. Esse mesmo apontamento se faz presente no conceito de crime do Direito Penal continental onde é necessário verificar a presença de uma conduta típica, ilícita e culpável, como já abordado *supra*.

<sup>235</sup> Acrescenta ainda o autor que *la consagración del actus non facit reum nisi mens sit rea no sólo opera como principio de garantía, sino además como un principio metodológico y expositivo.* (2002, p. 16).

Quando se fala em *actus reus*, consideram-se os dados externos, os fatos objetivos, sem que se perquiria acerca do aspecto subjetivo do agente – a ser considerado quando da análise da *mens rea*. *Grosso modo*, a análise do *actus reus* guarda semelhança com o juízo de tipicidade formal objetiva, já analisado *supra*.<sup>236</sup> Apenas se ressalve que não há uma definição de tipo tão taxativa como no *Civil Law*.<sup>237</sup> Por essa razão, está-se diante de apenas uma semelhança com o juízo de tipicidade, e não de análises idênticas.

O exame do *actus reus* gera a classificação dos crimes em quatro espécies distintas: crimes de ação; crimes de resultado; crimes de circunstâncias e crimes omissivos. (ROCHEFORT, 2002, p. 25).

Nos crimes de ação, há uma conduta humana voluntária – ainda que o objetivo do agente não seja praticar o crime, já que voluntariedade se distingue de finalidade ou intenção (o que deve ser analisado no âmbito da *mens rea*)<sup>238 239</sup>.

Já nos crimes de resultado, há necessidade de uma mudança, fisicamente constatável, no mundo exterior. Consequentemente, torna-se fundamental um exame específico da *causation*, ou seja, do nexos causal.

Os crimes de circunstâncias são aqueles que, no âmbito do *actus reus*, apresentam maior peculiaridade com relação à estrutura do delito no *Civil Law*. Segundo Rochefort, *no necesariamente [o crime] estará descrito en torno a un acción en el sentido que le hemos dados, sino que puede estar basado en un particular estado de cosas* (state of affairs). (2002, p. 42-43).

O autor cita como exemplos a direção sob efeito de drogas ou álcool, ou o porte de objeto a ser utilizado em roubo – ainda que o agente esteja em sua residência. Assim, conclui que, já que o crime *no se funda en una acción, puede seguir perpetrándose aún sin conocimiento del ‘autor’*. (2002, p. 43).

<sup>236</sup> Tanto é assim que, segundo Rochefort, *la definición de un delito puede incluir, como circunstancias relevantes, alguna cualificación del sujeto activo, el tiempo, lugar o algunas formas específicas de comisión* (2002, p. 25). Cf. item 3.2.1.1.

<sup>237</sup> Rochefort ressalta que no Direito Penal de origem anglo-saxã *no existe una formulación teórica del delito elaborada como una oración* (2002, p. 24). Cf. ainda item 5.1.

<sup>238</sup> Rochefort esclarece que há uma situação em que o *Criminal Law* prevê punição, ainda que o ato não tenha sido voluntário: *este el caso de los actos realizados durante una intoxicación autoinducida. En tal caso la falta de voluntariedad del hecho no se aceptará como defensa* (2002, p. 29).

<sup>239</sup> A definição de Rochefort para crime de ação é a seguinte: *Lo que caracteriza a un delito acción, entonces, es que dentro de su elemento externo se exige una acción humana. La definición del delito exige, en otros términos, un movimiento corporal del agente y, al menos, que este sea voluntario. Esta voluntariedad sólo se refiere a un mínimo concadenamiento entre el movimiento y la mente del agente y no adelante juicio alguno respecto de la disposición mental que se requiere en el autor penalmente responsable* (2002, p. 33).



Rochefort registra ainda que os crimes de circunstâncias incomodam a tradição continental, especialmente porque podem gerar uma responsabilização objetiva. (2012, p. 43-48).

Por fim, a última classificação envolvendo a *actus reus* recai nos crimes de omissão. Em tal hipótese, há um dever de agir por parte do agente, que opta por não cumprir com tal dever, caracterizando assim a *actus reus*.

### 3.3.2 **Mens Rea**

A *mens rea* envolve a análise da disposição mental do agente. Em língua inglesa, fala-se em *guilty mind*, ou mente culpável. (ROCHEFORT, 2002, p. 65).

Acrescente-se que não há um único tipo de *mens rea*, mas uma série de disposições mentais distintas. Assim, torna-se necessário examinar os elementos objetivos do crime – *actus reus* – para que se conclua qual é a espécie de *mens rea* exigida para a caracterização do crime. A propósito, Rochefort afirma que uma das críticas que recai sobre a *Criminal Law* está exatamente nas variadas possibilidades quando se fala em *mens rea*. (2002, p. 66).<sup>240</sup>

De início, cabe destacar alguns crimes em que não é necessário verificar a caracterização da *mens rea*. Em outras palavras, basta a *actus reus* (além, obviamente, da inexistência de alguma hipótese de defesa devidamente caracterizada). São os chamados *strict liability offences*, ou crimes de responsabilidade estrita, numa tradução livre. A propósito, seria mais pertinente traduzir a expressão como crimes de responsabilidade objetiva, para que possa fazer sentido na cultura jurídica continental.<sup>241</sup>

Já as disposições mentais propriamente ditas se dividem em *intent* (intenção), *recklessness* (descuido, temeridade), *negligence* (negligência) e *knowledge* (conhecimento) – sem ignorar a existência de uma fronteira tênue entre tais figuras, a depender do caso concreto.

<sup>240</sup> Outra crítica apresentada pelo autor está na construção de um “sistema” de disposições mentais com base em casos concretos, e não de maneira mais generalizada. (2002, p. 66).

<sup>241</sup> Rochefort critica a responsabilidade objetiva, afirmando que se trata de um resquício ainda do sec. XIX, e que não faria sentido a aplicação de uma pena criminal sem o exame da vontade. Acrescenta ainda uma tendência, especialmente legislativa, mas também jurisprudencial, de não mais se considerarem os *strict liability offences*. (2002, p. 72-78).

Com relação à *intent*, Rochefort afirma que *este concepto se encuentra en el más alto de la escala jerárquica de los estados mentales* (2002, p. 80). Seria o que a tradição continental chama de dolo direto.<sup>242</sup>

Quando se fala em *recklessness*, está-se diante de uma situação de descuido ou temeridade. Aqui o fundamento da punição está na necessidade de observância de certos cuidados diante da imensa variedade de riscos presentes na sociedade atual.

Não é possível fazer uma associação direta entre o *recklessness* e algum dos elementos que compõem o tipo subjetivo. Isso porque a referida espécie de *mens rea* não se enquadra exatamente no que se conhece como culpa ou como dolo eventual, no âmbito do Direito Penal continental.<sup>243</sup> Como afirma Rochefort, *los principios que informan el recklessness anglosajón y la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente de la tradición continental son lejanos*. (2002, p. 102).<sup>244</sup>

Na sequência, apresenta-se a *negligence*, ou negligência, assim conceituada por Rochefort: *una persona obra negligentemente si su conducta, en relación con un riesgo razonablemente apreciable, se sitúa por debajo del estándar exigible a una persona razonable a la luz de dicho riesgo*. (2002, p. 102). Aqui se está um nível abaixo de gradação do elemento subjetivo, relativamente à *recklessness*.

Num patamar ainda mais baixo se encontra o *knowledge*, o conhecimento. Aqui se exige que o agente imagine o resultado previsto no *actus reus* – como imaginar que o objeto é produto de roubo, no crime de receptação<sup>245 246</sup>.

<sup>242</sup> Cf. Rochefort, em sua nota 177 (2002, p. 82). Na referida passagem, o autor esclarece que a *intent* envolve inclusive o dolo de consequências necessárias, também conhecido como dolo direto de segundo grau.

<sup>243</sup> Como afirma Rochefort em sua nota 189: *Es necesario volver a hacer presente los problemas de traducción que implica la voz recklessness. Una primera precisión es que aún cuando una de sus acepciones puede aproximarse a la idea de descuido, aquella que puede analogarse al dolo eventual de la tradición continental no encuentra una traducción adecuada*. (2002, p. 86). Por tal razão, optou-se por traduzir *recklessness* como descuido ou temeridade.

<sup>244</sup> Continua o autor em outro trecho: *Para el sistema angloamericano el elemento determinante es el grado efectivo de riesgo creado y su previsibilidad, mientras que la actitud de agente frente a ese riesgo sólo es secundariamente relevante. De hecho, al analizar los conceptos de intent y recklessness, es posible apreciar que los elementos detonantes de su presencia son la certeza o alta probabilidad de su resultado y no la disposición mental del agente frente a ellos*. (2002, p. 101).

<sup>245</sup> O exemplo é de Rochefort. (2012, p. 106).

<sup>246</sup> Rochefort possui uma posição destoante e crítica com relação ao *knowledge*. Afirma o autor: *parece más preciso afirmar que el conocimiento, en lugar de ser una disposición mental autónoma, es un requisito integrante de toda disposición mental*. (2012, p. 106).

Por fim, cabe um registro final. Como já foi apontado *supra*, o Direito Penal de origem romano-germânica trata o dolo como regra geral e a culpa como exceção, pois essa depende de expressa previsão legal. Já no âmbito do *Common Law* não existe regulamentação quanto a esse aspecto. A única exigência de destaque diz respeito aos *strict liability offences* – em que se exige disposição legal expressa, apesar de a jurisprudência já ter relativizado tal exigência. (ROCHEFORT, 2002, p. 72-78). Já com relação às espécies de disposições mentais propriamente ditas, a análise depende daquilo que se depreende do *actus reus*, da jurisprudência e, finalmente, da análise do caso concreto.

### 3.3.3 Defences

O primeiro aspecto a ser considerado é o seguinte: ao contrário do *Civil Law*, a definição de crime no *Common Law* não distingue entre as excludentes de ilicitude e culpabilidade. Basta que se caracterize uma *defence* para que a responsabilidade penal seja afastada, sem que se preocupe com a natureza da excludente. Aqui chama a atenção o caráter pragmático do *Common Law*.<sup>247</sup>

É o que leciona Greenawalt, ao abordar a distinção entre causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade no direito penal de inspiração anglo-saxã: *Anglo-American Law and scholarly writings about law recognize a distinction between these two sorts of claims, but generally do not so in any systematic way.* (1984, p. 1897).<sup>248</sup>

Há dois tipos principais de defesas que podem levar à descaracterização do crime: a incapacidade do agente – que diz respeito, *grosso modo*, às hipóteses de inimputabilidade, no âmbito da culpabilidade do Direito Penal Continental – e os casos derivados das características do próprio ato – que envolvem as demais excludentes da ilicitude e de culpabilidade.

A primeira defesa baseada na incapacidade do agente é a *infancy*, que parte de um critério etário para legitimar a intervenção penal. Abaixo de determinada idade, afasta-se a responsabilidade.

<sup>247</sup> A importância da distinção entre as excludentes de ilicitude e de culpabilidade serão tratadas especialmente nos itens 4.4 e 5.4 deste estudo.

<sup>248</sup> No mesmo sentido é a lição de ROCHEFORT: *La estructuración en dos etapas – justificación/exculpación – resulta ajena al Criminal Law.* (2002, p. 114). Cf. ainda FLETCHER, (2000, p. 759).

Em seguida, há também a *insanity*, que por sua vez examina se o agente *no alcanzaba a percibir que éste era injusto* (wrong). (ROCHEFORT, 2012, p. 120).

Resumindo, está-se diante das duas principais hipóteses de inimputabilidade com reflexo na ausência de culpabilidade previstas pelo Direito Penal de tradição romano-germânica.

Há ainda duas defesas baseadas na incapacidade do agente, mas de menor relevância prática: o *automatism* e a *intoxication* – sendo que, no caso da intoxicação, deve-se considerar, segundo Rochefort: o tipo de crime de que se trata (se há ou não previsão de alguma intenção específica); a causa da intoxicação (voluntária ou não); e ainda o tipo de substância a produziu. (2002, p. 131).

Resta ainda mencionar as defesas baseadas na característica do ato.

A primeira delas é a defesa pública ou privada, da qual decorrem cinco hipóteses: agir para impedir a prática de um crime; agir para efetuar uma prisão legal; agir em defesa própria ou alheia de um ataque atual ou iminente; agir em defesa da propriedade própria ou alheia de um ataque atual ou iminente; e agir para prevenir ou pôr fim a uma perturbação da paz, a uma detenção ilegal própria ou alheia ou a uma transgressão. (ROCHEFORT, 2002, p. 140-145).

Outra excludente baseada na característica do ato é a *duress*, que pode ser livremente traduzida como coação.<sup>249</sup> Aqui o agente age impelido por uma situação que o impede de agir de forma diversa. Em outras palavras, corresponde à inexigibilidade de conduta conforme a norma (que corresponde a uma excludente de culpabilidade no Direito Penal de tradição romano-germânica).

Na sequência, apresentam-se a *necessity*, ou necessidade (que nada mais é do que o estado de necessidade do *Civil Law*) e a *superior orders*, ou obediência à ordem superior (que equivale à obediência à ordem de superior – excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa – no Direito continental).

Por fim, tem-se o *mistake*, ou erro. O Direito anglo-saxão ainda se baseia na dicotomia entre erro de fato – escusável – e erro de direito – inescusável. Já o Direito Penal romano-germânico evoluiu dessa dicotomia para a distinção entre erro de tipo e erro de proibição, ambos escusáveis, a depender do caso concreto. Tal questão será aprofundada adiante.<sup>250</sup>

<sup>249</sup> Rochefort traduz para o espanhol como *fuerza* (2002, p. 145).

<sup>250</sup> Cf. item 5.5.

Apresentados os principais aspectos envolvendo o conceito de crime no Direito Penal continental e no anglo-saxão, serão discutidas questões no âmbito do Direito Internacional Penal, em busca de seu aprimoramento.

## 4

## O Direito Internacional Penal

### 4.1

### Denominação

Após examinar a estrutura do crime no Direito continental e ainda no *Common Law*, resta analisar como o Direito Internacional Penal trata – ou deveria tratar – da questão.

Com relação à conceituação e significação da disciplina, Kai Ambos afirma que essa é uma das quatro deficiências teóricas significativas do Direito Penal Internacional (ou Internacional Penal). (2004, p. 1).<sup>251</sup>

Inicialmente, são dignas de registro as definições apresentadas por Celso D. de Albuquerque Mello, em obra clássica sobre o tema, no Direito brasileiro. (1978). O referido autor conceitua o Direito Penal Internacional

como sendo o ramo do Direito Penal que determina a competência do Estado na ordem internacional para a repressão dos delitos bem como regulamenta a cooperação entre os estados em matéria penal. (1978, p. 14).<sup>252</sup>

Por outro lado, o Direito Internacional Penal, ainda segundo Mello, trata das infrações penais que violam o direito internacional (1978, p. 77), como os crimes de guerra, contra a humanidade, entre outros.

Nessa mesma linha são as definições apresentadas por Cassese:

*Con l'espressione diritto internazionale penale si fa riferimento a quel complesso di norme internazionale che hanno la funzione di definire e sanzionare i crimini internazionali. [...] nell'ambito del diritto penale internazionale tutte le questioni attinenti alla competenza dei tribunali nazionali a giudicare i crimini internazionali ed al diritto applicabili in questi casi, ed in particolare alla disciplina dell'extradizione. (2005b, p. 11-12).*<sup>253</sup>

<sup>251</sup> As outras três seriam: a discussão sobre punição em nível supranacional sem a soberania (já discutida no Capítulo 2); a função global da disciplina, oposta ao direito penal nacional; e por fim os fins da pena. O autor ressalta ainda que tais questões também se encontram interligadas. (2015, p. 1-2). Mello também afirma que as definições não são uniformes. (1978, p. 13).

<sup>252</sup> Assim, para Mello, o Direito Penal Internacional trata de institutos como a extradição e a expulsão. Esclarece ainda o autor que o “Direito Penal Internacional é como já demonstra a sua denominação: um ramo do direito interno, dentro do qual há normas do Direito Penal e do Direito Internacional Privado”. (1978, p. 15).

<sup>253</sup> Cassese acrescenta que modernamente não se pode dissociar o Direito Internacional Penal do Direito Penal Internacional. Isso porque este influencia aquele em vários aspectos, especialmente

Ainda na doutrina italiana, De Stefani e Sperotto defendem esta mesma distinção:

*La repressione dei crimini in chiave internazionale può esse affrontata secondo due prospettive. La prima assume come centrale il punto di vista dell'ordinamento statale e descrive la materia che stiamo trattando come "diritto penale internazionale", mentre una seconda prospettiva dà maggiore rilievo alla prospettiva internazionalistica e conseguentemente si presenta come "diritto internazionale penale". (2011, p. 163).*

Já Kai Ambos não se preocupa em distinguir o Direito Internacional Penal do Direito Penal Internacional, utilizando apenas essa última denominação. Define o “Direito Penal Internacional” como “o conjunto de todas as normas de direito internacional que estabelecem consequências jurídico-penais”, acrescentando tratar-se “de uma cominação de princípios de direito penal e de direito internacional”. (2008, p. 42).

Entretanto, divide a disciplina em quatro aspectos (que chama de significados), e o último deles seria o Direito Penal Internacional *strictu sensu* (2014, p. 51-52) – o qual, por sua vez, se aproxima do que Mello e Cassese denominam de Direito Internacional Penal.<sup>254</sup>

Segundo Ambos, o aspecto *strictu sensu* do direito penal internacional abarcaria especialmente o que ele chama de crimes nucleares<sup>255</sup>, que são aqueles definidos nos Artigos 5º ao 8º do Estatuto de Roma, mas também englobaria outras normas de direito internacional de natureza penal. (2014, p. 52-54). Assim, haveria uma “combinação de princípios do direito penal com o direito internacional público”. (2014, p. 55).<sup>256</sup>

Visando a preservar a distinção e, ao mesmo tempo, a privilegiar o rigor técnico, o presente estudo opta pela denominação *Direito Internacional Penal*.

---

pela adoção do princípio da complementariedade pelo Estatuto de Roma, dentre outros. (2015b, p. 12). Segundo Cassese, tal princípio determina que o Tribunal Penal Internacional *è competente a giudicare solo nell'ipotesi che i tribunali nazionali non siano in grado o non intendano farlo: tale principio impone alla CPI [Tribunal Penal Internacional] una conoscenza completa ed esaustiva del quadro normativo al cui interno si trovino ad operare quei tribunali nazionali chiamati a processare gli autori di crimini internazionali*. (2015b, p. 12).

<sup>254</sup> Os outros três aspectos seriam: o direito que rege a jurisdição penal obrigatória dos Estados; o direito de cooperação internacional em assuntos criminais e finalmente o direito penal transnacional. (2014, p. 52).

<sup>255</sup> Ambos usa a expressão *core crimes* (2014, p. 53), sendo que os próprios tradutores da obra aqui utilizada os traduziram como crimes nucleares.

<sup>256</sup> Cassese afirma textualmente que *il diritto internazionale penale è un ramo del diritto pubblico internazionale*. (2005b, p. 12).

Afinal, aqui se discutem o processo de internacionalização dos Direitos Humanos e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, portanto, questões afetas ao Direito Internacional, e não aspectos de direito interno, como critérios para extradição e outros temas ligados à cooperação internacional no âmbito criminal.<sup>257</sup>

Assim, será adotada a definição de Mello (1978), Cassese (2005b) e também Mantovani. Este assim define o Direito Internacional Penal:

*Si parla di diritto internazionale penale per designare quel complesso di norme del diritto internazionale generale, che sanciscono la responsabilità penale degli individui per quei fatti che turbano l'ordine pubblico internazionale e costituiscono crimini contra il diritto delle genti (2009, p. 933).<sup>258</sup>*

## 4.2

### A proteção aos Direitos Humanos como critério de interpretação

Uma das dificuldades destacadas no âmbito do Direito Internacional Penal é o estabelecimento de critérios de interpretação. Segundo Cassese, devido ao fato de tal disciplina ainda ser muito rudimentar (2004a, p. 171), até mesmo em razão de sua formação recente, faltando certeza e precisão no trabalho de formulação normativa. (2005b, p. 13).

Isso faz com que o Direito Internacional Penal seja interpretado basicamente com os critérios próprios do Direito Internacional. (AMBOS, 2008, p. 109). Embora aquele, obviamente, possua características peculiares. (CASSESE, 2005b, p. 12). Não se pode olvidar que, enquanto o Direito Penal (e o Internacional Penal) se baseia(m) na responsabilidade individual e tenha(m) caráter punitivo<sup>259</sup>, o Direito Internacional trata de compor os interesses, muitas vezes conflitivos, dos Estados soberanamente considerados. (2005b, p. 19-20).

<sup>257</sup> Para um histórico mais detalhado acerca da denominação, cf. SILVA (2013). O referido autor também adota a mesma denominação aqui defendida. (2013, p. 63).

<sup>258</sup> Continua o autor acerca do Direito Internacional Penal: *Suo scopo è di assicurare la repressione dei crimini juris gentium, non assicurata dagli Stati, che li consentono o comandano; mediante un sistema di principi e di fattispecie criminose, devolute alla competenza di un giudice sovranazionale.* (2009, p. 933).

<sup>259</sup> Ressalte-se a existência de incontáveis posições acerca das funções da sanção penal, e não apenas a punição *per se* (caráter retributivo da pena). Aqui optou-se pela palavra *punitivo* pelo seu destaque, ressaltando o enfoque (discutível) que lhe dá o sistema penal. Entretanto, maiores discussões sobre as funções da pena ultrapassariam os limites desse estudo.



Segundo Silva, o Direito Internacional Público tem como principal referência interpretativa o Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. (2013, p. 64-65).<sup>260</sup>

É por tal razão que defendem De Stefani e Sperotto:

*Le fonti del diritto internazionale penale sono quelle proprie del diritto internazionale, vale a dire, secondo l'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, i trattati e le consuetudini, intese come pratica generalizzata accettata come legge, e i principi generali di diritto internazionale. (2011, p. 180).*

Entretanto, tal norma da mencionada Corte não pode ser aplicada de forma automática ao Direito Internacional Penal, dadas as peculiaridades dessa disciplina. Ainda segundo Silva:

como o Direito Internacional Penal versa também de um ramo jurídico com forte carga de direito penal, formar um rol com as fontes do Direito Internacional Penal não é tão simples, já que se pode considerar que mesmo sendo formalmente parte do direito internacional público, o Direito Internacional Penal também faz parte, materialmente, do direito penal. (2013, p. 65).

Diante de tal dificuldade, fez bem o Estatuto de Roma ao prever, em seu Artigo 21, quais são as fontes a serem consideradas pelo Tribunal. A referida norma trata do chamado “Direito Aplicável”.<sup>261</sup>

<sup>260</sup> “Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir, de acordo com o direito internacional, as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;  
b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;  
c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;  
d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.  
2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem”.

Ainda acerca do Artigo 38 e de sua relação com o Direito Internacional Penal, cf. Delmas-Marty (2004a, p. 111) e Schabas (2007, p. 195).

<sup>261</sup> “Artigo 21

Direito Aplicável

1. O Tribunal aplicará:

a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;  
b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;  
c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

Como não poderia deixar de ser, o próprio Estatuto é a primeira fonte a ser considerada. Em seguida, os demais tratados e normas de direito internacional, e ainda os princípios gerais de direito interno “dos diferentes sistemas jurídicos existentes”, com destaque para as normas de direito interno do país que deveria aplicar o seu direito, “sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos”. (Item 1, c, do mencionado Artigo).

Por fim, o Artigo 21 também se refere à jurisprudência (item 2) e aos Direitos Humanos (item 3).<sup>262</sup>

Além de tais critérios explicitados no Estatuto, Cassese ainda menciona outras fontes a serem consideradas como critérios de interpretação do Direito Internacional Penal. Trata com detalhes do direito consuetudinário, estabelecendo sua importância para o Direito Internacional e ainda no âmbito do *Common Law*; cita os princípios gerais do Direito Internacional Penal e do Direito Internacional; os princípios gerais do Direito Penal reconhecidos pela comunidade de Estados, oriundos de outros tribunais penais internacionais anteriormente estabelecidos; outras normas de Direito Internacional e, por fim, o papel dos precedentes jurisprudenciais e da doutrina. (2005b, p. 28-46).

Entretanto, a grande referência interpretativa do Direito Internacional Penal deve ser aquela positivada no item 3 do Artigo 21 do Estatuto de Roma, já transcrito supra. Tal norma prevê expressamente que a aplicação e interpretação do direito deve “ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Em seguida, o Estatuto veda que a interpretação discrimine gênero<sup>263</sup>, idade, raça, cor, religião ou credo, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, situação econômica e nascimento.

---

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3º do artigo 7º, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição”.

<sup>262</sup> A proteção aos Direitos Humanos como critério de interpretação ainda será tratada infra.

<sup>263</sup> O Estatuto de Roma apresenta uma definição do que deve ser compreendido pela palavra “gênero”. Isso porque um dos crimes contra a humanidade previstos no Artigo 7º é a perseguição de grupo ou coletividade por motivo de gênero, dentre outros. Já o item 3 do mesmo Artigo prevê: “Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo ‘gênero’ abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro

Entretanto, o rol acima apontado é meramente exemplificativo. Tanto é assim que a norma em questão utiliza as expressões “motivos tais como” e “outra condição”. Portanto, não se permite preconceito que viole Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos, mesmo que as motivações não estejam expressamente listadas no Estatuto.

Noticia Schabas que o citado Artigo 21, item 3, já foi expressamente mencionado pelo Tribunal, especificamente quando do julgamento de recurso, no caso *Lubanga*, pela Câmara de Apelação, em 2006. Consignaram os juízes que *human rights underpin the Statute; every aspect of it, including the exercise of the jurisdiction of the Court. Its provisions must be interpreted and more importantly applied in accordance with internationally recognized human rights.* (2007, p. 198).

Deve-se destacar que a concepção de direitos humanos a ser considerada é aquela vigente ao tempo da interpretação, e não ao tempo da elaboração do tratado – no caso, o Estatuto de Roma. (AMBOS, 2008, p. 113). Tal concepção se torna relevante na medida em que os Direitos Humanos se encontram em franca evolução, não podendo se restringir às concepções existentes ainda no século passado. Recorde-se que o Estatuto é datado de julho de 1998.<sup>264</sup>

Enfim, essa é a grande questão a ser considerada do ponto de vista da interpretação: só se tem legitimidade na punição criminal no âmbito internacional quando o foco recair na proteção dos Direitos Humanos. Como aponta Dornelles, “o prévio reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos das normas internacionais é a condição indispensável para falarmos em proteção internacional dos direitos humanos”. (2013, p. 40).

Percebe-se, assim, um aspecto extremamente positivo no texto do Estatuto de Roma, ao prever expressamente a consideração dos Direitos Humanos e banir

---

significado”. Relativamente à discussão acerca da construção de tal norma na Conferência de Roma, cf. Schabas. (2007, p. 198-199).

<sup>264</sup> Registra Ambos: “No campo dos *direitos humanos*, que justamente devem ser protegidos por meio de tratados de *direito penal* internacional, o princípio mencionado por último [princípios do *effet utile*] deve ser entendido no sentido de que se deve partir do padrão humanitário existente no momento de sua interpretação, e não de quando se origina o tratado; assim, trata-se de uma interpretação evolutivo-dinâmica orientada à finalidade humanitária do tratado (teleológica)”. (2008, p. 113). Também Schabas: *The provision also means that the Statute is not locked into prevailing values at the time of its adoption. International human rights law continues to evolve inexorably, and the reference to it in the Statute is full of promise for innovative interpretation in future years.* (2007, p. 198).

preconceitos de qualquer motivação, na aplicação e interpretação das normas lá positivadas.

#### 4.3

#### **A influência do *Common Law* na criação do Estatuto de Roma e no Direito Internacional Penal**

A Conferência de Roma, que culminou com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, foi realizada com a presença de 148 países, obviamente com distintos sistemas jurídicos, o que, segundo Japiassú, “gerou uma grande diversidade de posições”. (2004, p. 115-116). Nos dizeres de Kirch e Robinson:

A Conferência enfrentava questões de natureza técnica e questões de natureza política, cada grupo apresentando dificuldades distintas. As questões técnicas geralmente estavam relacionadas ao desenvolvimento de um sistema eficaz de justiça penal internacional, que fosse compatível com os diversos sistemas jurídicos do mundo, um projeto de proporções assustadoras, tanto em magnitude quanto em complexidade. [...] Representantes de vários sistemas jurídicos do mundo descobriram que empregavam abordagens e conceitos jurídicos bastante distintos, de modo que o que parecia justo e adequado a um sistema muitas vezes se apresentava inaceitável ao outro. (2005, p. 22).

Kirsch e Oosterveld, ao examinarem a Comissão Preparatória pós-Conferência de Roma<sup>265</sup>, especificamente a questão dos elementos dos crimes, assim relatam: “surgiram dificuldades devido às diferenças de abordagem entre as tradições jurídicas, por exemplo, nos países da *Common Law* e da *Civil Law*”. (2005, p. 53).

Entretanto, analisando o Estatuto de Roma, que é a verdadeira base do Direito Internacional Penal<sup>266</sup>, percebe-se uma nítida prevalência do direito penal de origem anglo-saxão, em detrimento do direito penal oriundo da tradição romano-germânica.

Tanto é assim que Ambos chega a afirmar textualmente: “ele [o *Common Law*] tem determinado decisivamente, quase que de maneira exclusiva, a evolução da jurisprudência e das codificações de direito penal internacional”. (2008, p.

<sup>265</sup> Os autores afirmam que tal Comissão visava “elaborar uma série de documentos fundamentais aos trabalhos do TPI. Tecnicamente, o papel da Comissão é formular os vários detalhes do funcionamento do Tribunal com relação a tópicos diversificados, com a cooperação que será necessária entre o órgão e a ONU, os métodos para seu financiamento e o acordo para que funcione em Haia”. (2005, p. 49).

<sup>266</sup> Cf. item 4.4.

50).<sup>267</sup> E não há dúvida de que a grande codificação de Direito Internacional Penal é o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

A prevalência do Direito Penal do *Common Law* no mencionado Estatuto é de fácil explicação, quando se faz uma análise histórica. Como já foi afirmado<sup>268</sup>, o grande precursor do Tribunal Penal Internacional foi o Tribunal de Nuremberg, formado por Estados Unidos da América, Reino Unido, União Soviética e França. Considerando a pouca expressão do Direito Penal francês e ainda a ausência de cientificidade do Direito Penal soviético (que sequer possuía Parte Especial em seu Código Penal e admitia abertamente a utilização de analogia contra os acusados)<sup>269</sup>, a jurisprudência de Nuremberg foi construída essencialmente com base no *Common Law*.<sup>270</sup>

Ademais, não se pode olvidar que os réus naquela Corte eram alemães ou pessoas intimamente ligadas ao governo nazista alemão; ou seja, é evidente que o direito penal alemão seria simplesmente abolido no âmbito do Tribunal de Nuremberg. Nesse sentido: “até agora a dogmática e a ciência jurídico-penal de língua alemã não tiveram *nenhuma influência* prática na configuração de uma Parte Geral de direito penal internacional”. (AMBOS, 2008, p. 59-60). Sendo assim, nada mais óbvio que a prevalência do Direito Penal anglo-saxão no

<sup>267</sup> Ambos registra ainda que o Direito Penal alemão exerce grande influência no pensamento jurídico continental europeu, destacando os países de língua espanhola, portuguesa, a Itália e os países nórdicos. A única ressalva estaria na França. (2008, p. 61). Ambos conclui afirmando que seu estudo tem “a finalidade de colaborar para que a *dogmática jurídico-penal alemã adquira uma maior importância no âmbito do direito penal internacional*. Com efeito, haver-se-á de mostrar que existem, na doutrina alemã, soluções atrativas e diferenciadas para os problemas jurídicos do direito penal internacional, em especial para sua Parte Geral. É necessário, no entanto, que estas soluções sejam conhecidas além do âmbito da língua alemã, especialmente no âmbito jurídico anglo-americano, o que faz necessária a publicação – em inglês – pelo menos parcial dos resultados obtidos neste trabalho”. (2008, p. 62-63).

<sup>268</sup> Cf. Capítulo 2.

<sup>269</sup> Nesse sentido se posiciona Bruno acerca do direito penal soviético: “... os velhos princípios liberais foram substituídos por uma atitude de combate, que se exprime na exclusão da maior garantia dos direitos individuais, que é o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, com a admissão da analogia e a amplitude na definição do fato punível.” (2003, p. 89). Asúa faz um interessante estudo da analogia no direito penal soviético, registrando: *Uno de los problemas más interesantes, que define la significación propia de la actual legislación soviética, es la analogía. Ella distingue fundamentalmente las leyes penales rusas de los Códigos burgueses y la vez caracteriza el orden jurídico vigente en la Unión bolchevique, tipificando sus normas como régimen transitorio entre lo que es aún el sistema penal ruso y lo que será cuando se logre íntegro el comunismo* (1947, p. 90). Sobre o aspecto ideológico do direito penal soviético, cf. ainda Pasukanis (1989, p. 149-165).

<sup>270</sup> Sobre a jurisprudência, assim afirma Silva: “entende-se, por meio da jurisprudência dos tribunais penais internacionais, que o Direito Internacional Penal inclinou-se de maneira acentuada em prol da *common law* e o recurso ao princípio da regra do *stare decisis* é utilizado com frequência, em prejuízo da tradição romano-germânica”. (2013, p. 77).

Tribunal de Nuremberg, no pós-guerra, acabasse influenciando sobremaneira o Estatuto de Roma e todo o Direito Internacional Penal.

Um aspecto interessante ocorrido durante a Conferência de Roma, relatado por Japiassú, chama a atenção: havia grande dificuldade com as traduções das várias propostas apresentadas. Chegou-se ao ponto de enviar os documentos, frutos dos grupos de trabalho, para as sedes da ONU em Nova Iorque e Genebra, onde eram traduzidos para as seis línguas oficiais da Organização<sup>271</sup> e devolvidos para Roma (2004, p. 114). Relata o autor:

Se é certo que esse procedimento melhorou a produtividade, por outro lado, não beneficiou as pequenas delegações, que não podiam comparecer a todas as reuniões de trabalhos, e àquelas que não falavam inglês, pois as reuniões dos grupos informais eram sempre na língua britânica. (2004, p. 114).

Não se pode ignorar que, por ser utilizado o inglês nas reuniões que geravam as propostas, a tendência é que prevalecessem as concepções jurídicas oriundas dos países que utilizam a língua inglesa.

A influência do *Common Law* se revela mais nítida quando se estudam as excludentes no mencionado Estatuto. Observa-se que o direito penal de inspiração anglo-saxã fala simplesmente em *defences*, enquanto o direito penal continental as divide em excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. E o Estatuto trata genericamente das excludentes no Artigo 31, cuja rubrica marginal é “Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal”.<sup>272</sup>

Diante de tal contexto, e para que se busque um pleno alcance do Tribunal Penal Internacional de forma a tornar efetivo o sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos, é necessário discutir o já mencionado processo de mundialização do Direito, sistematizando as normas do Estatuto de Roma com base no Direito Penal de inspiração anglo-saxã e no Direito Penal de inspiração romano-germânica (e, conseqüentemente, no Direito Penal brasileiro).

Enfim, é como coloca Sánchez: *cómo habrán de convivir, em el espacio cultura occidental, tal tradiciones jurídico-penales continental e anglosajona* (2002, p. XIII) – com as peculiaridades de um Tribunal que visa dar o maior alcance possível à proteção internacional dos Direitos Humanos.<sup>273</sup>

<sup>271</sup> Espanhol, inglês, chinês, russo, francês e árabe.

<sup>272</sup> Cf. Capítulo 3, o item 4.4 e, principalmente, o Capítulo 5.

<sup>273</sup> Sobre tal questão leciona Roxin: “Uma configuração sistemática permite reconduzir a extensa matéria dos pressupostos gerais do delito a conceitos fundamentais uniformes, esclarecer as

Como registro final, não se pode ignorar a advertência feita por Delmas-Marty quanto ao risco de centralizar em demasia a análise no *Common Law* e no *Civil Law* e acabar por desconsiderar outras culturas jurídicas. Afirma a autora:

Se é verdade que os TPI são compostos de juízes vindos do mundo inteiro, representando todas as famílias jurídicas, ocidentais, mas também africanas e asiáticas, inclusive os sistemas islâmicos, a influência do direito comparado parece repousar sobretudo nos direitos ocidentais, o que restringe os debates à velha oposição entre *common law* e família anglo-germânica [sic], ou “civilista”, como um eco da fórmula que reserva às “nações civilizadas” a fonte dos princípios gerais do direito. [...] Correm o risco de negligenciar as outras tradições jurídicas, assim reduzidas à aculturação progressiva; ou se superavaliar uma divisão bipartite que ficou, em determinados pontos, enfraquecida e diversificada na Europa (2004a, p. 110-111).

Conclui Delmas-Marty: “é por isso que a interação deveria aqui tomar forma de uma *harmonização* mínima dos direitos nacionais em torno do direito internacional”. (2004a, p. 129). A autora defende que não deve haver uma dominação de um sistema sobre o outro – considerando especialmente as tradições do *Common Law* e da família romano-germânica – mas sim a ideia de interação, que seria indispensável para que se gerasse uma lógica jurídica distinta dos sistemas internos. (2004a, p. 130-131). Dessa forma, não haveria o risco de “um direito mundial do tipo hegemônico”. (2004a, p. 149).

Ainda que Delmas-Marty possua plena razão em seus apontamentos, o Direito Internacional se encontra numa fase ainda inicial de sua construção.<sup>274</sup> Consequentemente, seria uma mudança por demais radical buscar uma definição de crime com a pretensão de incorporar os vários sistemas jurídicos.<sup>275</sup> No presente momento, já se revela uma grande evolução caso se consiga incorporar os conceitos do Direito Penal continental. Mas insista-se: sem ignorar os outros sistemas.

#### 4.4

#### A definição de crime no Direito Internacional Penal

Como já tratado supra, a ideia de um Direito Internacional Penal é recente. Até bem pouco tempo, era responsabilidade de cada estado punir os crimes

---

relações entre eles e, através do desenvolvimento de soluções calculáveis e transcendentais aos casos individuais, garantir a isonomia na aplicação do Direito”. (2010, p. 26). Ainda sobre a importância da sistematização, cf. item 3.1.

<sup>274</sup> Cf. item 4.4.

<sup>275</sup> Cf. item 3.1.

praticados em seu território – até mesmo em respeito à soberania. Além disso, respeitava-se uma amplíssima imunidade quando o ato era praticado por agentes estatais. (CASSESE, 2005b, p. 46-47).<sup>276</sup>

Uma das poucas exceções de crime internacional era a pirataria, extremamente comum nos séculos XVII e XIII. Segundo Cassese, permitia-se a qualquer estado a punição, *indipendentemente dalla nazionalità delle vittime e dal fatto che lo Stato fosse stato direttamente danneggiato dall'azione piratesca*. (2005b, p. 47). Outra exceção recaía nos crimes de guerra, especialmente a partir da segunda metade do século XIX. (CASSESE, 2005b, p. 48).

Entretanto, até então não se falava em definição de crime no âmbito do Direito Internacional Penal. Tinha-se apenas os atos que legitimavam a punição, sem uma definição abstrata de suas características gerais. Essa construção passa a existir apenas a partir do final da II Guerra Mundial, com os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio.<sup>277</sup> Em outras palavras: não seria possível falar em uma “Parte Geral”, mas apenas em uma “Parte Especial”.<sup>278</sup> Consequentemente, sequer se cogitava construir uma definição abstrata de crime, no âmbito internacional.

Esse processo já foi percorrido pelo direito interno – especialmente com relação aos países com ordenamentos jurídicos baseados no sistema romano-germânico. Aníbal Bruno assim relata:

<sup>276</sup> Cf. Capítulo 2.

<sup>277</sup> Cf. Capítulo 2.

<sup>278</sup> Bruno assim conceitua parte geral e parte especial: “A primeira [parte geral] é o corpo de disposições genéricas sobre que se ordena todo o sistema punitivo. Nela se definem os seus princípios e fundamentos, o poder imperativo da norma penal, as suas limitações e condições de eficácia, os elementos que integram a figura da ação punível, as causas que excluindo qualquer deles, retiraram do fato do o seu caráter de crime ou eximem de punição, as regras, enunciadas ou presumidas, sobre a causalidade e a responsabilidade do agente, as medidas repressivas e preventivas de que se vale o Direito frente o comportamento delituoso, sua natureza, espécies e condições de aplicação e execução. [...] É nessa Parte Especial que se encontram as normas penais em sentido estrito, com seu preceito primário implícito na estrutura da fórmula, proibindo ou ordenando determinadas ações, e a disposição sancionadora que lhe vem anexa”. (1976, p. 23-24). Sheila Jorge Selim de Sales, nessa mesma linha, apresenta a seguinte distinção: “As noções de parte geral e de parte especial são geralmente realizadas tendo em vista a divisão encontrada nos códigos penais após o período das codificações. Assim, a expressão ‘parte geral’ é compreendida como complexo de normas contidas na parte geral dos códigos, em regra, normas penais não incriminadoras. Referidas normas têm aplicação ‘geral’, no sentido de que são aplicáveis a todos os crimes previstos na parte especial. [...] Do mesmo modo, a noção de ‘parte especial’ é extraída da divisão codicística: portanto, é o conjunto de normas dispostas na parte especial do código penal. Em regra, na parte especial estão dispostas as normas penais incriminadoras *stricto sensu*, constituídas pelo preceito, em que se descreve o fato proibido por lei e pela *sanctio legis*, isto é, a qualidade e os limites mínimo e máximo da pena prevista para cada um dos crimes previstos”. (2004, p. 98-99). Para uma análise sobre a relação atual entre o processo de expansão do direito penal com as partes geral e especial, cf. Sales (2004). A autora conclui que, com tal expansão, as atuais fronteiras entre as partes geral e especial deixaram de ser bem definidas – o que rotula como “inaceitável, por motivos de garantia e certeza”. (2004, p. 41).



A construção dos elementos que compõe a Parte Especial antecipou-se de longa à elaboração, pela doutrina, da Parte Geral. O que interessava, a princípio, era sobretudo fixar o que vinha a ser crime e maneira pela qual tinha de ser punido. [...] Esta [Parte Geral] foi-se constituindo, então, lenta e progressivamente, e, com a evolução da cultura e o apuramento das construções jurídicas, foi-se acumulando aquela soma de princípios que hoje comunica ao Direito punitivo o seu caráter científico. (1976, p. 27).

Portanto, pode-se falar em três momentos históricos, nos âmbito dos direitos internos, no tocante à relação entre parte geral e parte especial dos códigos penais: inicialmente, apenas a definição dos crimes em espécie (parte especial); num segundo momento, começam a surgir análises de características comuns às definições e normas aplicáveis de forma geral aos crimes; e, finalmente, uma construção sistematizada dos institutos gerais, a chamada Parte Geral.<sup>279</sup>

Atualmente, o Direito Internacional Penal atravessa o segundo momento histórico dos três acima mencionados. Há muito já se estabeleceram quais são os crimes internacionais. Entretanto, ainda não se pode falar na construção, em patamar dogmático<sup>280</sup>, de uma Parte Geral. Há apenas algumas considerações de caráter geral, mas não uma estrutura realmente sistematizada.

Isso é facilmente perceptível ao analisar o Estatuto de Roma. Esse trata, em seu Capítulo III (artigos 22 a 33), do que denomina “Princípios Gerais de Direito Penal”. Tais normas tratam do princípio da legalidade dos crimes e das penas; da irretroatividade da norma, salvo se mais benéfica; da responsabilidade criminal individual; da exclusão da jurisdição a menores de 18 anos; da irrelevância da qualidade de oficial; da responsabilidade de chefes militares e de outros superiores hierárquicos; da imprescritibilidade; dos elementos psicológicos; das causas de exclusão da responsabilidade criminal; do erro de fato e do erro de direito; e, por fim, da decisão hierárquica.<sup>281</sup>

<sup>279</sup> Bruno critica o fato de, nesse processo histórico, o estudo da Parte Especial ter ficado praticamente esquecido, uma vez que a doutrina passou a se preocupar quase que exclusivamente com os temas tratados nas partes gerais dos códigos nacionais. O autor defende a necessidade de incrementar-se o estudo da Parte Especial, criando-se, inclusive, uma construção sistemática sobre ela – a chamada “Teoria Geral da Parte Especial”, ou “Teoria da Parte Especial”. (1976). Cf. ainda item 3.1 do Capítulo anterior, onde são apresentados os prós e os contras de haver uma construção dogmática aprimorada no Direito Penal.

<sup>280</sup> Cf. item 3.1.

<sup>281</sup> Muitas dessas questões serão tratadas no Capítulo 5, em busca de uma pequena contribuição para a construção de uma teoria do crime no âmbito do Direito Internacional Penal.

Kai Ambos entende que tais normas seriam a Parte Geral do Direito Penal Internacional.<sup>282</sup> Continua o autor: “trata-se do desenho de um sistema de delito no direito penal internacional, que pretenda validade universal, desde o ponto de vista da teoria das fontes, e que seja eficiente e compreensível”. (2008, p. 59). Por outro lado, ele reconhece que o Estatuto “oferece somente regras básicas de parte geral, as quais necessitam ser elaboradas dogmaticamente e complementadas”. (2008, p. 575).

Ao contrário de Ambos, ainda não é possível perceber um “sistema de delito [...] que pretenda validade universal”. Tanto é assim que o próprio autor reconhece a necessidade de elaboração dogmática. O que há são algumas normas de caráter geral previstas no Estatuto, as quais são estudadas de forma segmentada. Ainda não é possível falar na existência de uma verdadeira Parte Geral do Direito Internacional Penal. Nos dizeres de Arturo Rocco (1982), tem-se apenas um estudo exegético – e não propriamente dogmático – dos artigos 22 a 33 do Estatuto.<sup>283</sup>

Portanto, verifica-se a necessidade de ampliar o estudo para que se atinja um patamar efetivamente sistematizado, e não apenas analisar algumas normas de caráter geral, de forma isolada e sem qualquer tipo de associação – especialmente porque há diferenças substanciais entre os sistemas jurídicos oriundos do *Common Law* e os de tradição romano-germânica.

Nessa linha, Mantovani defende que o Direito Internacional Penal necessita de um contínuo trabalho de sistematização. (2009, p. 935).

Ademais, como já mencionado supra, não há como examinar a caracterização (ou não do crime), respeitando parâmetros isonômicos e com referenciais mínimos de certeza sem uma construção sistemática da teoria do delito.<sup>284</sup>

Feitos esses registros, é o caso de partir em busca da definição abstrata e técnica do que vem a ser crime para o Direito Internacional Penal – até mesmo porque esse se caracteriza por *un sistema normativo parallelo e (relativamente) autonomo rispetto al diritto penale nazionale degli Stati*. (PALAZZO, 2013, p. 198).

<sup>282</sup> Afirma Ambos: “com o termo regras gerais, alude-se a regras da Parte Geral”. (2008, p. 59).

<sup>283</sup> Cf. item 3.1, em que se aborda a distinção de Arturo Rocco entre análises exegética, dogmática e crítica.

<sup>284</sup> Cf. item 3.1 e também 3.3.

Esta é a conceituação apresentada por Cassese:

*I crimini internazionali sono quelle violazioni delle norme internazionali da cui discende de la responsabilità penale dei loro autori individuali in quanto opposta alla responsabilità dello Stato in nome o per conto del quale questi ultimi possono avere agito. (2005b, p. 24).*

Percebe-se que o autor, ao apresentar sua definição de crimes internacionais, enfatiza que a responsabilidade penal é essencialmente individual, recaindo sobre o ser humano que realiza determinada conduta criminoso – ao contrário da responsabilidade característica do Direito Internacional, que por sua vez recai sobre o Estado que infringe a norma de tal ramo do Direito.

Entretanto, o autor italiano não inclui as características do crime, seja com base no *Common Law*, seja com base no Direito Penal continental.

A mesma crítica também pode ser feita às definições apresentadas por Mantovani e também por De Stefani e Sperotto:

*Sono considerati crimini internazionali i fatti, attivi od omissivi, che attentano ai valori comuni alla generalità degli Stati, cioè bene della comunità protetti dal diritto internazionale, e rispetto ai quali si è formata la convinzione generale che debbano essere penalmente sanzionati. (2009, p. 936).*

*I crimini internazionale, o crimini di diritto internazionale, cioè i crimini imputabili a singoli individui direttamente disciplinati dal diritto internazionale, sono delitti che concretano nella violazione particolarmente grave per intensità o sistematicità, dei diritti fondamentali della persona umana. (2011, p. 178).*

Assim, partindo para uma definição de caráter mais técnico, Ambos defende que “o conceito de delito no Direito Penal Internacional seja orientado mais pela dicotomia anglo-americana *actus reus/mens rea* e *offence/defence* do que por uma teoria (pós-)finalista do delito [de origem continental]”. (2010, p. 130). Portanto, o crime é definido pela análise de dois estágios, sendo que o primeiro envolve a imputação da responsabilidade individual e, o segundo, a análise de eventual causa de extinção da punibilidade, as *defences*. (AMBOS, 2010, p. 130).<sup>285</sup> Portanto, o autor alemão conclui que a definição de crime no Direito Internacional Penal é absolutamente coincidente com aquela oriunda dos países com construção jurídica baseada no *Common Law*.

<sup>285</sup> Em outro estudo sobre o tema, Ambos segue a mesma linha: “resulta uma *construção do delito* basicamente *bipartida*, que distingue somente a responsabilidade individual e as possíveis causas de sua exclusão (*defences*)”. (2008, p. 83). Continua o autor dizendo que a jurisprudência do direito penal internacional parte de “uma *dicotomia de offense e defence*”. (2008, p. 187).

Como já afirmado supra<sup>286</sup>, trata-se de uma construção ainda rudimentar quando se considera a evolução do conceito de crime ocorrida no Direito Penal continental, especialmente na Alemanha. É por essa razão que Ambos conclui que a definição acima “se diferencia fundamentalmente da construção do delito bipartida ou tripartida, baseada na diferenciação entre injusto e culpabilidade, dominante na Alemanha”. (2008, p. 83).<sup>287</sup>

Não se pode negar que há pontos de convergência entre a definição de crime no Direito Penal anglo-saxão e no continental. Nos dois casos, parte-se de uma definição abstrata de crime, com conteúdo objetivo e subjetivo. No continente se fala em tipo, enquanto no direito inglês se trata do *actus reus* e da *mens rea*. Em seguida, há as excludentes, que o Direito Penal do *Common Law* restringe ao que denomina *defence*, enquanto no continente existe uma divisão entre a exclusão de ilicitude e a de culpabilidade. (AMBOS, 2008, p. 188-189).<sup>288</sup> Esses são apenas pontos de convergência, entretanto, o Direito Penal do *Common Law* não se desenvolveu dogmaticamente como ocorreu nos países de tradição romano-germânica.

Ainda nessa linha e segundo Fletcher, parece haver uma inibição no refinamento da teoria do crime no âmbito do *Common Law*, especialmente em razão de o foco estar voltado para o utilitarismo da pena (custos sociais e benefícios da punição). O autor chega a afirmar: *this emphasis on social control has inhibited refinement of the basic principles of criminal law*. (2000).

Fletcher ainda chama a atenção para outro fator:

*Another factor inhibiting study of the theoretical foundations of criminal liability is the progressive legitimization of discretionary judgments within formal criminal process. Insensitive laws are no evil if we can rely on the “good sense” of prosecutors. If there are important differences among offenses and offenders, we can rely on judges and parole boards to individualize punishment under systems of discretionary and indeterminate sentencing.* (2000).<sup>289</sup>

<sup>286</sup> Cf. item 3.3.

<sup>287</sup> Quando se fala em definição bipartida ou tripartida de crime no Direito continental, discute-se se a tipicidade e a ilicitude são examinadas num só momento ou em duas fases distintas, como já abordado no item 3.2.2. Entretanto, não se discute que a culpabilidade é elemento do crime, ainda que se possa discutir o seu conteúdo (se o dolo ou a culpa a integra ou não).

<sup>288</sup> Cf. Capítulo 3.

<sup>289</sup> Apenas se registre que essa percepção de julgamentos discricionários, baseados em juízos de “bom senso” dos acusadores e sem as garantias de um processo garantista, também é presenciada atualmente no Brasil – o que daria ensejo a outro estudo sobre a questão. Aqui se apresenta o posicionamento de Fletcher apenas para consignar como a teoria do crime no Direito Penal de origem anglo-saxã não se desenvolveu satisfatoriamente.

O autor defende ainda que o Direito Penal alemão, ao afastar-se do utilitarismo, oferece alternativas ao Direito Penal anglo-americano, sanando algumas divergências na interpretação do direito material e evitando que se recorra ao “bom senso” dos acusadores.

Assim, na medida em que a tradição anglo-saxã não verticalizou o estudo sistemático da teoria do delito, como o fez o Direito Penal continental, tem-se que a definição de crime para o Direito Internacional Penal deve considerar especialmente os elementos que compõem o conceito analítico oriundo da tradição romano-germânica – uma vez que substancialmente mais elaborados –, sem, entretanto, ignorar por completo a definição do *Common Law*.

Como leciona Fletcher:

*German legal theory suggests alternatives to Anglo-American law; first, because the dominant strain of the German literature has remained relatively insulated from utilitarian legal theory, and secondly, because the system has long regarded prosecutorial discretion as an impermissible solution to substantive legal issues. (2000).*

Sendo assim, sem desconsiderar os limites inerentes à apresentação de um conceito, o crime deve ser entendido como uma conduta humana típica, ilícita e culpável, nos moldes da definição analítica de crime oriunda do *Civil Law* – com a manifesta influência do *Common Law*, como será tratado infra.<sup>290</sup>

É nessa mesma linha que Kai Ambos, em estudo sobre o tema, diz que pretende “colaborar para que a *dogmática jurídico-penal alemã adquira uma maior importância no âmbito do direito penal internacional*”. (2008, p. 62-63).

Alguns aspectos devem ser ressaltados acerca da definição acima apresentada. Inicialmente, é basilar que se tenha um Direito Penal do fato, superando de uma vez por todas o “lombrosiano” Direito Penal de autor.<sup>291</sup> É por essa razão que o conceito acima apresentado pressupõe uma conduta humana para a caracterização do crime. Portanto, não se considera quem era o agente (como

<sup>290</sup> Cf. Capítulo 5.

<sup>291</sup> Fez-se referência a Cesare Lombroso, autor do conhecido trabalho *L'uomo delinquente*, principal obra do chamado positivismo criminológico, ou Escola Positiva – caracterizada por “um rígido determinismo biológico”, e exemplo máximo de Direito Penal de autor. (BARATTA, 1999, p. 39). Segundo Alessandro Baratta, Lombroso defendia que o crime seria “determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária. (1999, p. 39). Ainda sobre Direito Penal de autor e Direito Penal do fato, cf. Zaffaroni, Batista, Alagia e Skolar (2003, p. 131-143). Tais autores afirmam que, no Direito Penal do fato, “o delito constitui uma infração ou lesão jurídica”, enquanto no Direito Penal de autor seria “o signo ou sintoma de uma inferioridade moral, biológica ou psicológica”. (2003, p. 131).

ocorria nos nada saudosos tempos do Direito Penal de autor), mas sim o que ele fez ou deixou de fazer, qual foi a ação ou omissão praticada. Portanto, um Direito Penal do fato. (HIRSCH, 2006, p. 396-397).

O ponto de maior destaque na conceituação proposta é a separação entre as excludentes da ilicitude e da culpabilidade. Isso porque é necessário distinguir entre descaracterização do crime – por ser a conduta lícita – e a ausência de reprovabilidade sobre o agente. Ou, nos dizeres de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar:

o primeiro (antijuridicidade) visa descartar tudo aquilo que não caiba considerar-se como um conflito penalmente relevante, enquanto o segundo (culpabilidade) propõe-se rejeitar toda pretensão punitiva quando pela produção do conflito penalmente relevante não puder ser responsabilizado o sujeito. (2010, p. 28).

A importância dessa distinção é percebida também pelo americano Kent Greenwalt. Ao mesmo tempo em que reconhece a ausência de distinção entre ilicitude e culpabilidade no Direito Penal do *Common Law*, ele afirma: *Although I emphasize borderline problems, I firmly believe that the basic distinctions between justification and excuse are important in the law.* (1984, p. 1897-1898).

Também Kai Ambos reconhece que

uma nova orientação pressuporia que o sistema de delito de direito penal internacional reconhecesse, ao menos, a diferença entre dolo do fato e reprovação de culpabilidade, assim como entre antijuridicidade e culpabilidade. [...] o direito penal internacional deve se modernizar, a partir do ponto de vista da teoria do delito, diferenciando mais a estrutura bipartida *offence-defence* e adaptando-a ao direito comparado. (2008, p. 189-191).

Roxin, ao criticar o sistema normativo criado por Jakobs, apresenta uma severa crítica ao tratamento unificado entre excludentes de ilicitude e de culpabilidade. Obviamente que suas observações também podem perfeitamente ser consideradas quando fala em *defence*, já que não distingue entre os dois tipos de excludentes. Afirma o autor:

A proibição diz respeito ao injusto e se dirige a todos os cidadãos como máxima apta a guiar seus comportamentos, enquanto a culpabilidade é sempre uma questão de responsabilidade individual após o cometimento do fato. Igualar esses dois aspectos diversos significa substituir a clareza a que se chegou após longo labor dogmático por uma confusão. (2010, p. 36-37).

Portanto, para Roxin, deve-se considerar a “diferença material existente entre infração da norma proibitiva e necessidade de punição”. (2010, p. 36).

Hirsch, em estudo acerca do que denomina “Direito Penal Universal”, revela uma nítida predisposição a considerar o Direito Penal alemão em uma abordagem internacional. (2006).

Diante desse quadro, defende-se que o conceito de crime no Direito Internacional Penal passe a considerar as definições oriundas do *Civil Law*, com influência, obviamente, do *Common Law*. Portanto, uma mudança de abordagem.

#### 4.5

#### Bem jurídico, Direito Internacional Penal e Estatuto de Roma

Antes de estabelecer a relação entre Direito Internacional Penal, Estatuto de Roma e bem jurídico, é necessário conceituar este. Segundo Francisco de Assis Toledo:

*Bem*, em um sentido amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso. [...] Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de um “valor”, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões. Por isso, dentre o imenso número de bens existentes, seleciona o direito aqueles que reputa “dignos de proteção” e os erige em bens jurídicos. [...] *bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.* (1999, p. 15-16).

Para Maurício Antônio Ribeiro Lopes, o bem jurídico é um valor, reconhecido pelo Direito, dotado das seguintes características: pluralismo<sup>292</sup>, abertura<sup>293</sup>, unidade<sup>294</sup>, inespecificidade<sup>295</sup>, parcialidade<sup>296</sup>, equilíbrio<sup>297</sup>, polaridade<sup>298</sup>, analogia<sup>299</sup> e abstração<sup>300</sup>.

<sup>292</sup> Ideia de sociedade pluralista e do pluralismo constitucional.

<sup>293</sup> Sistema aberto de valores.

<sup>294</sup> Coerência interna dos valores, o que leva inclusive à necessidade de compatibilização entre eles.

<sup>295</sup> “Os valores não se colocam na esfera axiológica como entidades autônomas, ao lado de outros valores”. (2000, p. 355).

<sup>296</sup> Valor jurídico não é total, já que divide com o valor moral a “missão axiológica”. (2000, p. 355).

<sup>297</sup> Interação entre os valores, sem hierarquia.

<sup>298</sup> “Nenhum valor jurídico reina de modo absoluto”. (2000, p. 355). Isso porque cada valor possui uma carga de contrariedade.

<sup>299</sup> Dos valores se deduzem os princípios e as normas.

Além disso, tem-se que nem todo bem jurídico é merecedor da tutela penal. Apenas nos casos mais graves o bem é erigido à categoria de bem jurídico-penal. (TOLEDO, 1999, p. 16-17).<sup>301</sup> Como afirma Roscoe Pound, ainda no início do século passado, *in criminal law the most insistent and fundamental of social interests are involved*. (1921, p. 11).

É por essa razão que, no âmbito do direito interno de cada país, é nítida a tendência, ainda que no plano acadêmico – sem muitas vezes refletir na atividade legislativa e judicial<sup>302</sup> –, de restrição à aplicação do Direito Penal. Isso ocorre da necessidade da tipificação recair sobre a tutela de determinado bem jurídico, e não sobre finalidades outras, como pura obediência à norma e clamor social. E, ao

<sup>300</sup> Valores só podem ser assim considerados em grau máximo de abstração.

<sup>301</sup> Sales opta pela expressão “objeto da tutela penal”, em detrimento de “bem jurídico-penal” (2004). Sobre a intervenção do Direito Penal, apenas nos casos mais graves, envolvendo somente os bens jurídicos mais importantes, leciona Bernd Schünemann: “No que se refere especificamente ao direito penal, extraiu-se daí a fórmula que se pode ler em todos os manuais, de que o direito penal representaria a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos, de modo que seu emprego para proteção destes bens deva ser idôneo e necessário, não podendo provocar mais danos do que benefícios”. (2005, p. 20). Francisco de Assis Toledo possui a mesma posição: “Fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial. [...] Eis aí o caráter fragmentário do direito penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal”. (1999, p. 14-15). Na mesma linha é a lição de Lopes: “O princípio da necessidade (ou da intervenção mínima) se encontra previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, em seu art. 8º, ao determinar que só a lei deve estabelecer penas, estritas e evidentemente necessárias, passou a considerar a eficácia necessária do direito penal”. (2000, p. 350).

<sup>302</sup> No plano do direito interno, percebe-se uma injustificável ampliação no Direito Penal, considerando os âmbitos legislativo e judicial. Isso porque são vários os novos crimes criados cotidianamente – o que, segundo Luiz Luisi, acaba por diminuir a eficácia da proteção aos Direitos Humanos. A consequência acaba sendo não a proteção, mas sim a violação aos Direitos Humanos. Afirmo o autor: “Mas é de se registrar um fenômeno menos visível, mas de maior gravidade, que vem fazendo com que o Direito Penal, ao invés de proteger realmente os direitos humanos, vem se constituindo numa forma de agressão a esses direitos. Refiro-me à dimensão elefantíaca da legislação penal, que, no meu entender, é causa primeira da evidente crise do sistema penal. [...] No Brasil, a nomorreira penal já assume proporções alarmantes. Criminaliza-se por atacado. Os crimes de bagatela se contam às centenas. Temos até crimes em que não se previram penas. [...] Este perverso processo criminalizador traz em seu bojo uma violência aos direitos humanos”. (2011, p. 688-699). Roxin também conclui que a tendência é o aumento da quantidade de crimes a serem tipificados e ainda do número de violações contra eles cometidas. O único ponto positivo é que, ainda segundo o autor alemão, as penas serão mais “suaves”. (2006, p. 15-20). Sheila Jorge Selim de Sales possui o mesmo ponto de vista: “o movimento *Law and Order*, cuja nefasta influência sobre a nossa legislação penal é largamente reconhecida. [...] Mesmo passado o período do irracionalismo jurídico, que legou ao direito penal uma função fundamentalmente ético-ideológica, escrevendo páginas de terrorismo penal, permanece entre nós o irracionalismo relacionado à caótica e desordenada proliferação de leis penais complementares, normas de conteúdo meramente ‘simbólico’, bem como o irracionalismo na aplicação do sistema e na execução da pena criminal”. (2004, p. 41 e 119). Salo de Carvalho, de forma absolutamente crítica, também consigna que se atravessa um momento de “ampliação do rol dos bens jurídicos e, em consequência, do sistema penal como instrumento de proteção”. (2013, p. 188). Entretanto, maiores discussões sobre tal processo de ampliação do direito penal escaparia aos limites desse estudo.



tratar de proteção de bem jurídico, o posicionamento é no sentido de serem criminalizadas apenas as condutas que refletem em bens cuja necessidade de tutela é oriunda do texto constitucional. (PRADO, 2003).<sup>303</sup>

É por isso que se deve destacar a relevância do bem jurídico para o Direito Penal. Este tem como ponto de partida a proteção daquele para prevenção do dano e também do perigo de dano, supondo-se que se “deve garantir a proteção da convivência pacífica dos seres humanos na comunidade”. (AMBOS, 2013, p. 4-7).<sup>304</sup> Também Lopes defende que “o direito penal deve estar dirigido a prevenir ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes, motivando os indivíduos, através da pena, a agirem conforme o Direito”. (2000, p. 348). Toledo assim consigna: “A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos”. (1999, p. 14-15). Aníbal Bruno afirma também que “o bem jurídico está sempre presente como noção nuclear da formação do tipo”. (1976, p. 34).<sup>305</sup> Por fim, tem-se a lição de Roxin:

Ocorre que a alternativa formulada por Jakobs – “O que protege o Direito Penal: bens jurídicos ou a validade da norma?” – respondo de forma diversa [a Jakobs], já que para mim o objeto de proteção do Direito Penal é o bem jurídico, e não a validade da norma. (2010, p. 37-38).

Nessa mesma linha, interessante é a colocação de Bernd Schünemann, ao criticar o Tribunal Constitucional alemão por não utilizar o critério do bem jurídico como fator de limitação do Direito Penal, sendo que aquela Corte prefere “recorrer à teoria geral dos direitos fundamentais e ao princípio da

<sup>303</sup> No mesmo sentido leciona Mendonça: “Os bens jurídicos que merecem a tutela penal são somente aqueles mais sensíveis aos objetivos de propiciar ao indivíduo uma vida e um desenvolvimento livre e autônomo. O legislador não é livre para elegê-los. Deve-se orientar por uma axiologia constitucional”. (2015, p. 298).

<sup>304</sup> Continua Kai Ambos: “Tanto a ideia do bem jurídico como o princípio do dano mostram certa afinidade, vez que, basicamente, procuram elaborar uma teoria de criminalização para distinguir ‘aquelas leis penais que se justificam daquelas que não’. Ambos os esforços são parte de um projeto liberal de direito penal, moldado por seu caráter de *ultima ratio* (excluindo de qualquer penalização, principalmente, as faltas meramente morais) e pelos bem conhecidos princípios fundamentais de culpabilidade, legalidade e equidade processual”. (2014, p. 33). No mesmo sentido expõe Sales: “Sob o aspecto histórico, a ideia de proteção a bens jurídicos como tarefa primordial do Direito Penal deriva da filosofia política iluminista. Por isso mesmo, até hoje se lhe assinala uma função liberal e garantista, como instrumento crítico para conter o magistério punitivo”. (2004, p. 120).

<sup>305</sup> Em outra passagem, assim leciona Bruno: “O crime passou a ser entendido como ofensa ou ameaça a um daqueles valores, isto é, a um bem jurídico penalmente tutelado. E essa ideia do bem jurídico que a norma penal se destina a proteger e que se apresenta como o centro de gravidade do preceito contido no tipo veio oferecer o necessário critério para ordenação dos fatos puníveis”. (1976, p. 48-49).

proporcionalidade, avaliando o direito penal com base nestes parâmetros absolutamente frouxos”. (2005, p. 14).

Fica fácil perceber a importância da ideia de bem jurídico para o Direito Penal quando se recorda que o III *Reich* alemão fez questão de ignorá-la, buscando outro fundamento para o exercício do poder punitivo: a violação à norma. Assim, não havia limites para a punição, legitimando-se qualquer tipo de intervenção penal pelo governo nazista. Tal construção é oriunda da chamada “Escola de Kiel”. Sobre essa questão, leciona Aníbal Bruno:

O Direito Penal do nacional-socialismo alemão pretendeu assentar o conceito de crime sobre a base abstrata da violação do dever em relação à norma (*Pflichtverletzung*), restringindo-se a função do bem jurídico na sua definição. [...] Assim se alargava o alcance da norma e se diminuía a precisão do seu conteúdo, afetando a necessária segurança do Direito. (1976, p. 34).<sup>306</sup>

Por óbvio que há críticos de tal visão majoritária, que consideram o bem jurídico de importância basilar para o Direito Penal. Salo de Carvalho chega a afirmar que há uma

fixação da dogmática em conferir ao direito penal a missão metafísica de proteção de bens jurídicos. [...] Desta forma, o direito penal é quem fornece a si mesmo os critérios de validade da intervenção, pois elege arbitrariamente os bens a serem tutelados. O efeito, portanto, é a maximização da intervenção, com a elevação do grau de violência e de seletividade denunciados pela criminologia crítica. (2013, p. 189-190).

Em outro ponto, conclui que “o direito penal é insuficiente e inapropriado para lograr a tutela de interesses e valores (bens jurídicos)”. (2013, p. 201).<sup>307</sup>

Carvalho possui certa dose de razão em seus apontamentos, pois o Direito Penal muitas vezes não consegue efetivar a proteção sobre bens jurídicos. Entretanto, a principal razão não são as do próprio Direito Penal, mas sim do sistema penal. Essa distinção é imprescindível para que se perceba o equívoco do autor.

O Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que delimitam e regulamentam o poder punitivo estatal. Na definição de Francisco de Assis

<sup>306</sup> Nessa mesma linha é a lição de Sheila Jorge Selim de Sales: “Com a ‘Escola de Kiel’, formada por estudiosos alemães de ideologia nacional-socialista, a teoria do bem jurídico sofreu o mais demolidor ataque. Alguns estudiosos sustentam que com ela se produziu uma verdadeira negação do conceito”. (2004, p. 132).

<sup>307</sup> Cf. ainda item 3.1, no Capítulo anterior, em que se examina a crítica a uma visão puramente dogmática do sistema penal.

Toledo, “o direito penal é [...] aquela parte do ordenamento jurídico que estabelece e define o *fato-crime*, dispõe sobre quem deva por ele responder e, por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas”. (1999, p. 1).

O que realmente importa é que o Direito Penal é composto por normas jurídicas; portanto, a perspectiva é basicamente normativa, ou seja, abstrata.

Já sistema penal é o conjunto de agências encarregadas da aplicação concreta das normas de Direito Penal. Portanto, algo completamente distinto. Enquanto um está voltado para o estudo de normas jurídicas, o outro se preocupa com o viés concreto, com a aplicação prática.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar assim definem sistema penal:

Por sistema penal entendemos o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção. Dentro deste entendimento, referimo-nos a sistema no sentido elementar de conjunto de entes, de suas relações recíprocas e de suas relações com o exterior [...]. Na análise de cada sistema penal devem ser consideradas as seguintes agências: **a)** as políticas (parlamentos, legislaturas, ministérios, poderes executivos, partidos políticos); **b)** as judiciais (que incluem juízes, ministério público, serventuários, auxiliares, advogados, defensoria pública, organizações profissionais); **c)** as policiais (que abarcam a polícia de segurança, judiciária ou de investigação, alfandegária, fiscal, de investigação particular, de informes privados, de inteligência do estado e, em geral, toda agência pública ou privada que cumpra as funções de vigilância); **d)** as penitenciárias (pessoal das prisões e da execução ou da vigilância punitiva em liberdade); **e)** as de comunicação social (radiofonia, televisão, imprensa escrita); **f)** as de reprodução ideológica (universidades, academias, institutos de pesquisa jurídica e criminológica); e **g)** as internacionais (organismos especializados da ONU, da OEA, cooperação de países centrais, fundações, candidatos a bolsas de estudo e subsídios. (2003, p. 60-61).<sup>308</sup>

Assim, quando Salo de Carvalho afirma que o próprio direito penal “elege arbitrariamente os bens a serem tutelados”, gerando “maximização da intervenção, com a elevação do grau de violência e de seletividade”, na verdade parece confundir o conteúdo do Direito Penal com as agências que compõem o sistema penal.

Isso porque as normas penais, isoladamente consideradas, de uma maneira geral, não são discriminatórias. Elas não exigem que se selecionem apenas os mais vulneráveis, que se imponha uma violência exacerbada. Na verdade, a grande preocupação reside nas arbitrariedades rotineiramente impostas pelo sistema penal. Esse, sim, é seletivo e violento. É ele o responsável por grande

<sup>308</sup> Sobre sistema penal, cf. ainda Nilo Batista. (2001, p. 24-25).

parte das críticas que tradicionalmente são direcionadas ao Direito Penal. Tanto é assim que as constantes alterações legislativas no âmbito penal em nada contribuem para a diminuição da criminalidade.

Assim, a questão não é que o Direito Penal seja “insuficiente e inapropriado para lograr a tutela de interesses e valores”, como critica Salo de Carvalho, mas sim que o sistema penal não consegue efetivar a aplicação concreta das normas penais – que, por sua vez, tutelam, sim, interesses e valores. A “insuficiência” está principalmente no sistema e, não, nas normas.

Ignorar que o Direito Penal serve à proteção dos bens jurídicos mais relevantes, delimitados nas normas incriminadoras, só agravaria a situação, uma vez que o poder punitivo estatal restaria absolutamente ampliado e, o que é ainda pior, sem limites estabelecidos para sua atuação.<sup>309</sup> Isso, sim, aumentaria ainda mais a seletividade e a violência que hoje se presenciam. Portanto, a pretensão que o Direito Penal possui, qual seja, a de proteger bens jurídicos de dano ou ameaça de lesão, deve, sim, ser considerada como positiva.<sup>310</sup>

Entretanto, não se pode ignorar que a ideia de bem jurídico, apesar de contribuir para a delimitação do alcance da norma penal, possui certa imprecisão. Isso porque há necessidade de serem realizadas valorações muitas vezes indeterminadas. Nos dizeres de Prado, o bem jurídico “é sempre portador de um sentido, de algo valioso para o ordenamento jurídico, sendo expressão de uma relação empírico-axiológica”. (PRADO, 2003, p. 53). Portanto, exige-se do

<sup>309</sup> Cf. Roxin (2014). No referido estudo, o autor torna a discutir a relevância atual do bem jurídico em torno do tipo penal.

<sup>310</sup> Concluiu-se que a principal causa para a violência e seletividade que se constata atualmente decorrem da atuação do sistema penal, e não das normas que compõem o Direito Penal. Entretanto, não se pode dizer que o Direito Penal não tenha certa dose de culpa. O Direito envolve, sim, um discurso de poder. Consequentemente, por óbvio que há, sim, normas penais que aumentam a seletividade contra os mais vulneráveis, contribuindo, assim, para o ciclo de violência e arbitrariedades cotidianamente verificadas. São vários os exemplos que podem ser mencionados, destacando-se a “supertutela” do patrimônio (penas extremamente altas quando comparadas aos crimes contra a pessoa, ação penal pública incondicionada, como regra geral) e a diferença de tratamento para a reparação do dano em crimes tributários – que gera extinção da punibilidade – e dos demais crimes –, em que há, no máximo, uma causa de diminuição de pena. (Art. 16 do Código Penal, rotulado como “arrependimento posterior”). “Coincidentemente”, o sujeito ativo dos crimes tributários costuma ser exatamente o sujeito passivo dos crimes patrimoniais. Portanto, as normas são, sim, seletivas, gerando descrédito para o Direito Penal. Há outros exemplos que ainda poderiam ser mencionados. Entretanto, ainda assim a grande violência e seletividade são oriundas, principalmente (mas não exclusivamente), das agências punitivas que formam o sistema penal e, não, das normas que compõem o Direito Penal. Por fim, é o caso de mencionar ainda que não se pode dizer que não há qualquer ponto de contato entre o Direito Penal e o sistema. Na verdade, um é sensível ao outro – ao contrário do que afirma, *e.g.*, Arturo Rocco. (1982, p. 8).

intérprete que, além de determinar em que reside a tutela penal, também emita um juízo de valoração para o bem jurídico.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes também defende que a noção de valor é intrínseca à própria existência de bens jurídicos, acrescentando, ainda, que seu conceito – e consequentemente a valoração – não pode “ser tomado com dogmatismo hermético”. (2000, p. 351). Caso contrário, o juízo de valor poderia ser dispensado.

Por outro lado, quando se transporta a questão para o âmbito do Direito Internacional Penal, a indeterminação diminui. Isso porque a regra geral do Direito Penal é sua aplicação pelo direito interno – ainda assim em casos excepcionais<sup>311</sup> – e a exceção é a responsabilização no plano internacional. Nunca é demais lembrar que o Artigo 17 do Estatuto de Roma positivou o princípio da complementariedade. Assim, o Tribunal somente atuará no caso de inércia do Estado competente para responsabilizar criminalmente o sujeito ativo do delito. (JAPIASSÚ, p. 160-174).<sup>312</sup>

Portanto, já que se defende uma restrição na utilização do instrumento penal no âmbito interno, o que dizer no plano internacional, em obediência ao já tratado princípio da complementariedade. Assim ensina Álvarez, ao abordar o referido princípio:

*Así, si con carácter general suele afirmarse que el Derecho penal supone, o ha de suponer, siempre la ultima ratio, en lo institucional la actuación de la CPI como mecanismo o cauce de aplicación del Derecho internacional penal debe entenderse como algo parecido al “excepcional y ultimísimo recurso”, si me permite la expresión. (2015, p. 9).*

Logo, a intervenção do Direito Internacional Penal só pode ocorrer nas situações efetivamente mais graves. Tanto é assim que há várias normas no Estatuto de Roma, nesse sentido.

Logo no preâmbulo, já se menciona que a competência do Tribunal Penal Internacional recairá sobre os “crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”. O Artigo 1º possui disposição semelhante ao prever que o Tribunal terá “jurisdição sobre as pessoas pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional”. Já o Artigo 5º, de caráter restritivo, determina que “a competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes

<sup>311</sup> Cf. nota 299.

<sup>312</sup> Cf. item 4.1, nota 251.

mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”. Ainda é o caso de se mencionar o Artigo 17, que determina que o Tribunal decida pela não admissibilidade se o caso não for suficientemente grave para justificar sua intervenção.<sup>313</sup>

É em função dessas disposições que Cassese defende que os crimes internacionais têm como finalidade proteger quaisquer valores, bens ou interesses jurídicos considerados meritórios de proteção por toda a comunidade internacional, vinculando, assim, todos os Estados e todos os indivíduos. Acrescenta, ainda, que há um interesse universal em punir tais crimes. (2005b, p. 24-25).

Na mesma linha é a posição de Kai Ambos, ao afirmar que o Direito Penal Internacional se limita “à proteção de *bens jurídicos fundamentais* e à prevenção de um dano *real* a estes bens jurídicos”. (2014, p 40). Também Alexandre Pereira da Silva fala em proteção de bens jurídicos supranacionais, “na ótica da Política e do Direito”. (2013, p. 63). Por fim, tem-se que Roxin, também é defensor do caráter subsidiário do Direito Penal, com a consequente proteção apenas de “direitos humanos fundamentais”, seja no âmbito interno, seja no plano internacional. (2006, p. 53)

Ademais, já que se defende que a criminalização só pode recair quando refletir em um bem jurídico constitucionalmente protegido (PRADO, 2003), deve-se ampliar tal conclusão para o âmbito do Direito Internacional Penal. Portanto, a construção de uma conduta proibida também deve demonstrar que foi atingido um bem jurídico que ofenda, além dos valores constitucionais, “*valores internacionalmente aceitos como paradigmas fundantes do modelo de sistema penal*”. (LOPES, 2000, p. 351).<sup>314</sup>

O Direito Internacional Penal é, sim, fator de extrema relevância no processo de incremento da proteção internacional dos Direitos Humanos.<sup>315</sup> Por outro lado, seu papel deve ser limitado, para que as agências que compõem o

<sup>313</sup> Nesse sentido se posiciona Álvarez: *la CPI se configura como una instancia jurisdiccional de ultima ratio cuya actividad se circunscribe a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes que menoscaban de manera más grave los valores superiores de la Comunidad Internacional y que además superan cierto “umbral de gravedad”*. (2015, p. 10).

<sup>314</sup> Sobre tal questão afirma Palazzo: *in effetti, il loro carattere “universali” fa sì che una loro violazione, anche se consumata limitatamente ad una particolare realtà geografica, venga avvertita come un’offesa recata all’universalità di quel valore e dunque all’intera comunità internazionale*. (2013, p. 196).

<sup>315</sup> Cf. Capítulo 2.

sistema penal – no plano internacional – não cometam os mesmos equívocos que se veem no plano interno.<sup>316</sup> Portanto, deve-se observar rigorosamente qual é o objeto da tutela penal.

E, sobre tal questão, o primeiro aspecto a ser considerado quando se trata de bem jurídico-penal é a pessoa, especialmente num contexto democrático. Nos dizeres de Prado:

A liberdade, a dignidade pessoal do homem – qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada. (2003, p. 84).

E, quando se fala na tutela da dignidade e liberdade da pessoa, deve-se considerar a “justiça das vítimas” (RUIZ, 2012), como já tratado supra.<sup>317</sup> Esse é o principal valor a ser protegido pelo Direito Internacional Penal, e se constituiu como primeiro objeto da tutela penal no âmbito do Estatuto de Roma.

O Estatuto de Roma prevê que o Tribunal Penal Internacional possui competência para julgamento dos crimes contra a humanidade, de genocídio, de guerra e de agressão.<sup>318</sup>

---

<sup>316</sup> Percebe-se uma associação entre o que é aqui tratado e a tese defendida por Thula Rafaela de Oliveira Pires (2013). A autora discute até que ponto a criminalização do racismo poderia ou não contribuir com o processo de reconhecimento dos negros. Partindo das lições da criminologia crítica (BARATTA, 1999), expõe Pires que o sistema penal, absolutamente seletivo, é um dos grandes responsáveis pelo não reconhecimento da população negra. Isso porque prioriza a seleção dos negros para responderem a acusações criminais – e, obviamente, serem condenados e cumprirem pena, regra geral as privativas de liberdade. Assim, colocar o processo de reconhecimento dos negros no âmbito penal (com a criminalização do racismo) poderia contribuir para uma maior seletividade contra os negros, já que o sistema penal tradicionalmente os tem como alvos. Ainda assim, a autora concluiu que é importante a criminalização em tal processo de reconhecimento, desde que se utilize do instrumento penal com a devida cautela e senso crítico. No presente estudo, o raciocínio aplicado é basicamente o mesmo. Sabe-se que a seletividade e a violência características do sistema penal acabam por torná-lo um dos grandes violadores dos Direitos Humanos e, não, protetor. Como foi dito supra, os Direitos Humanos lamentavelmente têm sido considerados não como limitadores da atividade estatal, mas como legitimadores dos abusos praticados pelo Estado. Ainda assim, considera-se o Direito Internacional Penal um instrumento relevante – dentre outros – quando se foca a proteção dos Direitos Humanos. Isso porque a proteção dos bens mais graves também deve ser efetivada através da ameaça da sanção penal. Ainda não é possível se considerar uma solução abolicionista, ou seja, que venha a abolir o Direito Penal dos ordenamentos jurídicos (sobre abolicionismo, cf. Carvalho, 2013). Entretanto, exige-se cautela para que o instrumento penal, também no plano internacional, não se transforme numa seleção dos mais vulneráveis, ou seja, atue como um agente violador dos Direitos Humanos. Espera-se, sim, que o Direito Penal e, consequentemente, o Direito Internacional Penal, com suas limitações, sirvam como agentes protetores dos Direitos Humanos. Cf. ainda item 2.6 deste estudo, que trata do viés político dos Direitos Humanos.

<sup>317</sup> Cf. item 2.1.4.

<sup>318</sup> Cf. Artigos 5º e seguintes.

Nos crimes de guerra, há exemplos nítidos que envolvem proteção da dignidade, como se percebe no Artigo 8º, item 2, *b*, itens XIX, XXI e XXV.<sup>319</sup>

Além disso, há vários outros bens protegidos. Na previsão do crime de genocídio<sup>320</sup>, percebe-se que a proteção penal recai na vida, na integridade psíquica e física, na liberdade de locomoção, na liberdade de procriação e na igualdade do ser humano enquanto tal. Portanto, bens da mais alta relevância, que justificam a intervenção penal.

---

<sup>319</sup> “Artigo 8º

#### Crimes de Guerra

1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões;

xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;”

<sup>320</sup> Artigo 6º

#### Crime de Genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio" qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

a) Homicídio de membros do grupo;

b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;

c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;

d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;

e) Transferência, à força, de crianças de um grupo para outro grupo.



Nos crimes contra a humanidade<sup>321</sup>, além dos bens acima mencionados, também se protege a liberdade em suas mais variadas formas, a dignidade sexual, a incolumidade pública e ainda o patrimônio – sempre em casos de maior gravidade, e não em situações de menor importância. Assim, situações em que se justifica a aplicação do Direito Penal interno de determinado Estado não necessariamente levariam à aplicação de sanção pelo Tribunal Penal Internacional.

---

<sup>321</sup> Artigo 7º

#### Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade" qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

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

O Artigo 7º continua especificando no que consistem as condutas acima mencionadas (itens 2 e 3).

A criação do Tribunal Penal Internacional é um marco para o Direito Internacional Penal. Pela primeira vez, tem-se uma Corte Criminal permanente no plano internacional, com suas normas penais e processuais devidamente positivadas em um Estatuto.<sup>322</sup>

Ainda assim, o Direito Internacional Penal é bastante rudimentar, especialmente quando se consideram as normas de caráter geral – a chamada Parte Geral. Já os crimes em espécie – a chamada Parte Especial – possuem grande desenvolvimento, em razão dos julgamentos realizados pelos Tribunais Internacionais instaurados no decorrer no séc. XX.<sup>323</sup>

Considerando que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional é historicamente bastante recente – data de 1998 –, vive-se um momento propício para o desenvolvimento de uma Parte Geral do Direito Internacional Penal. Como já foi dito, atualmente sequer é possível falar na existência de uma Parte Geral, uma vez que existe apenas o estudo de alguns institutos jurídicos de caráter geral.

Ao mesmo tempo em que a grande e principal referência normativa do Direito Internacional Penal é o Estatuto de Roma, este não tratou de forma profunda as questões gerais. Como já mencionado *supra*, há apenas onze artigos destinados a tratar da teoria do crime (Artigos 22 a 33), num Capítulo denominado “Princípios Gerais de Direito Penal” – o Capítulo III. Portanto, não se pode concordar com a afirmação de Japiassú de que “os princípios de direito penal constituem uma espécie de Parte Geral do Estatuto de Roma, mais especificamente no que se refere à teoria do crime”. (2004, p. 187).

Pertinente sim é a lição de Albin Esser:

o Estatuto de Roma, embora regule alguns requisitos (mais ou menos) centrais e positivos e isenções negativas de responsabilidade penal, ainda está distante de uma “Parte Geral”, pode-se dizer que ele ainda não se encontra na

---

<sup>322</sup> Cf. Capítulo 2.

<sup>323</sup> A questão da construção histórica de uma Parte Geral foi tratada no item 4.4. Acerca da relação entre Parte Geral e Parte Especial, tanto nos âmbitos internos como no Direito Internacional Penal, cf. Mantovani (2003, p. 40-43).

mesma etapa de desenvolvimento da maioria dos códigos penais nacionais. (2005, p. 105).<sup>324</sup>

Portanto, cabe especialmente à doutrina desenvolver a interpretação dessas poucas normas do Estatuto, para que, um dia, consiga se alcançar uma verdadeira Parte Geral do Direito Internacional Penal.

Esta é a proposta que envolve o presente Capítulo: examinar algumas questões gerais previstas no Estatuto, associando-as ao tratamento dado pelo Direito Penal de origem anglo-saxã e aquele oriundo do sistema romano-germânico, buscando contribuir para um maior desenvolvimento das discussões relacionadas à construção de uma Parte Geral – exatamente na linha proposta por Kai Ambos ao defender o pressuposto de que o Estatuto de Roma deve operar como ponto de partida para reflexões do Direito Internacional Penal que superem uma teoria do delito com estrutura bipartida, como se vê no *Common Law* (*offence-defence*). (2008, p. 191).

## 5.1

### Do princípio da legalidade

Um primeiro aspecto a ser considerado na análise do Direito Internacional Penal relaciona-se ao compromisso ou não com a obediência ao princípio da legalidade – até mesmo porque, como já foi dito<sup>325</sup>, é grande a influência do Direito Internacional Público, o qual tem dentre suas principais fontes, os costumes. Como apontado por De Stefani e Sperotto, tais disciplinas jurídicas apresentam sistematizações diversas e muitas vezes até mesmo contrapostas. (2011, p. 163).

Assim, examina-se criticamente o tratamento dado à legalidade pelo Direito Internacional Penal e pelo Estatuto de Roma. Isso porque há algumas questões que merecem certa evolução: como destaca Sergio Moccia, em estudo sobre o Estatuto e *profili della legalità*, seria necessário *emendare profondamente lo Statuto, se non scriverne uno nuovo*. (2006, p. 513).

<sup>324</sup> Registra ainda o autor: “O Estatuto de Roma, em sua Parte 3, sobre os ‘Princípios Gerais do Direito Penal’, certamente contém um número considerável de disposições que representam componentes essenciais da ‘Parte Geral’ de um código penal, como é tradição na Europa Continental e em muitos outros países com códigos penais de modelo semelhante. As respectivas disposições no Estatuto de Roma, contudo, não estão em número nem forma suficientes para compor uma verdadeira ‘Parte Geral’”. (2005, p. 100).

<sup>325</sup> Cf. Capítulo 4.

A ideia básica do princípio da legalidade é a limitação do poder punitivo estatal. Nos dizeres de Roxin: *un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal*. (1997, p. 137).<sup>326</sup>

A título histórico, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar relatam:

no âmbito penal, foi o princípio formulado por Feurbach, mediante três fórmulas latinas (*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*), cuja síntese converteu-se em seu enunciado corrente. (2003, p. 202).

Já Mendonça e também Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar enfatizam o pensamento iluminista como o grande marco da legalidade:

O postulado da reserva legal tem origem, para uns, no direito romano. Para outros, na Magna Carta de 1215. Mesmo que se possa encontrar, no direito romano ou medieval, alguma menção ao princípio da reserva legal, o certo é que ele ganha os contornos e fundamentos atuais a partir do iluminismo. (2016, p. 38).

A expressão constitucional do princípio da legalidade aparece historicamente ligada à própria origem do constitucionalismo, à Declaração de Direitos da Virgínia (1776), à Constituição norte-americana (1787) e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. (2003, p. 202).<sup>327</sup>

Retornando à ideia de legalidade, Welzel leciona que *se prohíbe la creación de tipos y determinación de penas extralegales, sea por analogía o por el derecho consuetudinario*. (1956, p. 26).<sup>328</sup>

O Direito Internacional Penal, apesar da imensurável influência do Direito Internacional Público e, conseqüentemente, do direito consuetudinário como fonte, consagra o princípio da legalidade.<sup>329</sup> É o que se percebe no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ainda que se considere que o texto poderia ser mais expresso na observância do mencionado princípio.

<sup>326</sup> Continua o autor: *Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”*. (1997, p. 137).

<sup>327</sup> Também Bernd Schünemann relaciona tal período histórico com o Direito Penal: “Tanto no campo do direito penal, como alhures, o ‘Big Bang intelectual’ foi a época do iluminismo, que – para citar as palavras de Immanuel Kant – conseguiu fazer o homem sair de sua culpável imaturidade”. (2005, p. 13). Cf. ainda Caianiello e Fronza (2002, p. 308) e Cassese (2005b, p. 186).

<sup>328</sup> Continua o autor: *De ambas fuentes jurídicas, la ley e el derecho consuetudinario, la ley tiene, en derecho penal, la primacía absoluta* (1956, p. 26). Aqui está um dos principais elementos que contrapõem o Direito Penal – ou o Direito Internacional Penal – com o Direito Internacional.

<sup>329</sup> Cf. Sayapin (2014, p. 276).

Os dois primeiros Artigos do Capítulo III tratam do princípio da legalidade, nos seguintes termos:

Artigo 22

*Nullum crimen sine lege*

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

Artigo 23

*Nulla poena sine lege*

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

Num primeiro momento, não há dúvida acerca da importância dada à legalidade – tanto é assim que De Stefani e Sperotto colocam-na como *centro del sistema di diritto internazionale penale* (2011, p. 186). Por outro lado, afirmam que *nel diritto internazionale penale, il contenuto del principio di legalità non è così ben delineato come avviene per il diritto interno* (2011, p. 186). Já Caianiello e Fronza apontam uma profunda crise, de diversas décadas, do princípio da legalidade – mesmo nos direitos internos dos países continentais (2002, p. 308). Nessa perspectiva, as normas acima transcritas não deixam suficientemente explícita a definição legal de condutas incriminadas, as quais devem estar expressas no próprio Estatuto. Esta é a principal crítica a ser feita: deveria constar expressamente a ideia de que as condutas a serem punidas pelo Tribunal só podem estar previstas no próprio Estatuto, porém isso não é mencionado de forma suficientemente clara.

Já houve tempo em que se discutiu se a evolução natural do Direito Internacional Penal exigiria certa relativização do princípio da legalidade, como ocorreu, *e.g.*, nos tribunais militares no pós II Guerra.<sup>330</sup> Entretanto, a realidade atual é absolutamente distinta, e a existência de um Tribunal Penal Internacional já é realidade desde o fim do século passado. Portanto, nada mais pertinente do

---

<sup>330</sup> Cf. item 2.2.

que exigir que o Direito Internacional Penal respeite essa conquista tão cara à humanidade – sem ignorar o imensurável mérito do Estatuto.<sup>331</sup>

A omissão do Estatuto no tocante à definição do crime de agressão, ainda que num primeiro momento, e a abertura dada com relação à aplicação da pena, como será tratado *infra*, demonstram que o princípio da legalidade não foi valorizado adequadamente.<sup>332</sup>

Por fim, outro aspecto a ser considerado, ainda que secundário, envolve a taxatividade, corolário da legalidade. A descrição da ação criminosa deve ser a mais precisa possível, sem espaço para expressões vagas e indeterminadas. Isso porque uma lei demasiadamente aberta, em termos penais, assemelha-se à ausência de lei.

Nos dizeres de Cassese acerca de *la tassatività*: *Per questo principio, le norme penali devono essere quanto più possibile precise e dettagliate, in modo da indicare chiaramente ai loro destinatari quali siano le condotte proibite.* (2005b, p. 192).

A propósito, o próprio Artigo 22 exige que a “previsão de um crime será estabelecida de forma precisa”. Como solução, prevê que eventual ambiguidade deve ser interpretada em favor do réu.

Não basta prever que a imprecisão deve ser tida como favorável ao réu. Na verdade, a taxatividade deve sim ser respeitada. Caso não haja uma definição suficientemente precisa, deve-se ter como consequência a não aplicação de tal norma definidora. Insista-se: não se pode ignorar de tal maneira a conquista civilizatória representada pela legalidade, com todos os seus corolários, dentre eles a taxatividade.<sup>333</sup>

De maneira geral, o Estatuto de Roma obedeceu à taxatividade, definindo de forma precisa grande parte das condutas criminosas lá previstas. Mantovani inclusive afirma que *si tratta di un indubbio passo in avanti nella tassativizzazione dei crimini internazionale.* (2003, p. 43).

Entretanto, há críticas a serem apontadas, pois se percebe que algumas definições de crimes pecam com relação à exigência de precisão. Alguns

<sup>331</sup> Sobre o mérito do Estatuto e a importância da criação do Tribunal Penal Internacional, cf. Capítulo 2.

<sup>332</sup> Cf. itens 5.1.1 e 5.1.2.

<sup>333</sup> Cassese esclarece que normalmente a regra da interpretação favorável ao réu em caso de ambiguidade não costuma ser aplicada nos países de tradição continental (2005b, p. 206).

exemplos a serem considerados estão nos Artigos 7º e 8º, que definem respectivamente os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra.

No tocante ao Artigo 7º, há previsão de crime quando estiverem caracterizados “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”, conforme item 1, *k*, da referida norma. Ainda que a descrição do delito estabeleça relação com os demais crimes contra a humanidade<sup>334</sup>, mesmo assim não se podem admitir expressões como “outros atos”, “caráter semelhante” e “grande sofrimento”. Insista-se: são normas penais, que devem satisfação à taxatividade.<sup>335</sup>

Alicia Gil Gil esclarece que o referido crime *fue seriamente discutida por su ambigüedad*, mas acabou prevalecendo no Estatuto já que precedentes internacionais poderiam esclarecer seu conteúdo. (2005, p. 248). Entretanto, a jurisprudência anterior não retira a existência de uma evidente lesão à taxatividade.

Já o Artigo 8º, em seu item 1, prevê genericamente a competência para os referidos delitos “em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crime”. Em seguida, nos itens seguintes, apresenta as descrições de condutas

<sup>334</sup> O item 1 do Artigo 7º assim prevê:

“1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

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

Em seguida, os itens 2 e 3 especificam os conceitos com maior precisão. Portanto, há sim méritos no tocante à observância da taxatividade quanto à grande parte dos crimes, mas não a todos.

<sup>335</sup> Tal crítica também é apresentada por Silva (2004, p. 37).

incriminadas. A crítica a ser feita está, não no item 1, acima transcrito, mas sim em algumas dessas definições específicas, que pecam no tocante à taxatividade.

Exemplo pertinente se encontra no item 2, *b*, XXI, do mencionado Artigo 8º, que assim dispõe:

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

XXI) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes.

Percebe-se a utilização de expressões demasiadamente genéricas, o que não se coaduna com a precisão que deve ser extraída de uma lei penal, ainda que oriunda do Direito Internacional Penal.

Outra crítica que pode ser apresentada, também no tocante à taxatividade, diz respeito ao crime de genocídio, definido no Artigo 6º.<sup>336</sup> Segundo Silva:

Embora o Estatuto tenha adotado como um dos seus princípios reitores o princípio da legalidade, em seus quatro desdobramentos (*lex scripta, stricta, certa, praevia*), o Art. 6 do Estatuto tem sido criticado pela imprecisão, pois teria deixado em aberto a questão acerca do número de pessoas para que se tipifique o crime de genocídio (2004, p. 36).<sup>337</sup>

Enfim, ainda que a taxatividade não seja a principal crítica envolvendo a exigência de legalidade, mesmo assim são necessários tais apontamentos em prol da evolução da teoria do crime no âmbito do Direito Internacional Penal.

### 5.1.1

#### Do crime de agressão e a lacuna na redação primária do Estatuto

A questão da legalidade no Estatuto de Roma remete a um importante aspecto na sua redação primária: o crime de agressão foi previsto como sendo da

<sup>336</sup> "Crime de Genocídio

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumera, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

a) Homicídio de membros do grupo;  
b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;  
c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;  
d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;  
e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo".

<sup>337</sup> Cf. ainda Canêdo (1999), que já apresentava essa mesma discussão acerca do crime de genocídio (mesmo sem tratar especificamente do Estatuto de Roma).



competência do Tribunal, juntamente com o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. É o que prevê expressamente o item 1 do Artigo 5º do Estatuto, que trata da competência.<sup>338</sup> Mas a grande peculiaridade está no fato de o delito de agressão não ter sido previsto na redação primária do texto. Portanto, havia competência, mas o crime em si não existia, por força do princípio da legalidade.<sup>339</sup>

A lacuna foi corrigida em 2010, como será tratado *infra*. Entretanto, são necessárias breves considerações históricas para que se evidencie certo descaso que a Conferência de Roma teve com o princípio da legalidade.

Na verdade, o item 2 do mencionado Artigo dispôs que compete ao Tribunal Penal Internacional o julgamento do referido crime, desde que ele fosse eventualmente criado:

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em

<sup>338</sup> Além dos crimes previstos no Artigo 5º, o Artigo 70 do Estatuto possui previsão para punição das “Infrações contra a Administração da Justiça”, e assim dispõe:

“1. O Tribunal terá competência para conhecer das seguintes infrações contra a sua administração da justiça, quando cometidas intencionalmente:

- a) Prestação de falso testemunho, quando há a obrigação de dizer a verdade, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 69;
- b) Apresentação de provas, tendo a parte conhecimento de que são falsas ou que foram falsificadas;
- c) Suborno de uma testemunha, impedimento ou interferência no seu comparecimento ou depoimento, represálias contra uma testemunha por esta ter prestado depoimento, destruição ou alteração de provas ou interferência nas diligências de obtenção de prova;
- d) Entrave, intimidação ou corrupção de um funcionário do Tribunal, com a finalidade de o obrigar ou o induzir a não cumprir as suas funções ou a fazê-lo de maneira indevida;
- e) Represálias contra um funcionário do Tribunal, em virtude das funções que ele ou outro funcionário tenham desempenhado; e
- f) Solicitação ou aceitação de suborno na qualidade de funcionário do Tribunal, e em relação com o desempenho das respectivas funções oficiais.

2. O Regulamento Processual estabelecerá os princípios e procedimentos que regularão o exercício da competência do Tribunal relativamente às infrações a que se faz referência no presente artigo. As condições de cooperação internacional com o Tribunal, relativamente ao procedimento que adote de acordo com o presente artigo, reger-se-ão pelo direito interno do Estado requerido.

3. Em caso de decisão condenatória, o Tribunal poderá impor uma pena de prisão não superior a cinco anos, ou de multa, de acordo com o Regulamento Processual, ou ambas.

4. a) Cada Estado Parte tornará extensivas as normas penais de direito interno que punem as infrações contra a realização da justiça às infrações contra a administração da justiça a que se faz referência no presente artigo, e que sejam cometidas no seu território ou por um dos seus nacionais;

b) A pedido do Tribunal, qualquer Estado Parte submeterá, sempre que o entender necessário, o caso à apreciação das suas autoridades competentes para fins de procedimento criminal. Essas autoridades conhecerão do caso com diligência e acionarão os meios necessários para a sua eficaz condução”.

<sup>339</sup> Relata Cassese, ainda no ano de 2005: *l'aggressione rientra solo astrattamente nella giurisdizione della CPI, giacché i redattori dello Statuto hanno rinviato la questione della definizione dell'aggressione ad una successiva conferenza di revisione*. (2005b, p. 145).

que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.<sup>340</sup>

Obviamente, a lacuna se deve diretamente à conjectura de pressões políticas no contexto da Conferência de Roma. Nesse sentido, Gómez afirma que a ausência de definição do crime de agressão ocorreu “não por acaso, dada a hierarquia de poder mundial existentes”. (2012, p. 280).<sup>341</sup>

Já em 2010, por ocasião da revisão realizada na Conferência de Kampala<sup>342</sup>, realizada nos termos do Artigo 123 do Estatuto, foi redigido o Artigo 8º *bis*, que acabou acrescentado ao mencionado diploma pela Resolução 6, anexo I, de 11 de junho daquele ano. O referido Artigo passou a descrever o crime de agressão.<sup>343</sup>

<sup>340</sup> Os Artigos 121 e 123 tratam respectivamente de alterações no Estatuto e ainda de sua revisão, com previsão de ocorrer sete anos após sua entrada em vigor. Trata-se da Conferência de Kampala, realizada em 2010.

<sup>341</sup> A questão da influência política na criação do Tribunal Penal Internacional foi abordada no item 2.4. Cassese também menciona o componente político do crime de agressão (2005b, p. 145-146). Já Veroff discute a importância que terá a posição a ser adotada pelos Estados Unidos quando a agressão entrar em vigor, em 2017 (2016, p. 772).

<sup>342</sup> Cf. Weed. (2011).

<sup>343</sup> Assim dispõe a norma acrescentada ao Estatuto em 2010:

1. *A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.*

2. *A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:*

*a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;*

*b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;*

*c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;*

*d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;*

*e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;*

*f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;*

*g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.*

Registre-se ainda que também foram acrescentados os Artigos 15 *bis* e 15 *ter*, que tratam do exercício da competência no crime de agressão.

Feitos os registros históricos<sup>344</sup> e abstraindo a questão política, chama a atenção o menosprezo ao princípio da legalidade por ocasião da Conferência de Roma de 1998. Chega a ser impensável como se prevê a competência para o julgamento de um crime e, ao mesmo tempo, admite-se que ele não será definido, ao menos não naquela oportunidade.

Mesmo tendo havido a referida alteração, ainda assim a exigência de *lex praevia* faz com que condutas que poderiam ser punidas desde o século passado ainda não podem ser alvo de punição pelo Tribunal, como esclarecem De Stefani e Speroto acerca da alteração:

*Gli emendamenti adottati rappresentano senza dubbio un passo significativo nel completamento dello Statuto; tuttavia non bisogna dimenticare che la Corte potrà esercitare la propria giurisdizione sul crimine di aggressione solamente dopo una decisione in tal senso degli Stati parti, che avverrà non prima del 1° gennaio 2017, e che i fatti che la Corte potrà esaminare saranno solo quelli intervenuti dopo un anno dal deposito della trentesima ratifica dell'emendamento. A norma dell'art. 121, inoltre, l'emendamento che consentirà di perseguire il crimine di aggressione interesserà solo gli Stati che lo avranno accettato, e per questi Stati entrerà in vigore un anno dopo la ratifica (2011, p. 210).*

Portanto, isso já basta para demonstrar como a omissão de 1998 foi prejudicial.

Há que se considerar também que, além de a alteração obrigar apenas os estados signatários, é incontestável que o alcance da Conferência de Roma foi infinitamente superior ao de Kampala – o que gera reflexos diretos quando se analisa a legitimidade da alteração.<sup>345</sup> Nesse sentido, além dos autores italianos, Sayapin também registra a necessidade de apenas trinta países ratificarem a Convenção de Kampala, enquanto foram necessários sessenta para a vigência do Estatuto de Roma (2014, p. 302).

Enfim, ao menos se solucionou a omissão, ainda que de forma muito tardia. Pelas razões apresentadas, é imperioso que o princípio da legalidade venha a ganhar mais relevância no Direito Internacional Penal, apesar do reconhecimento já contido nos Artigos 22 e 23 do Estatuto.

<sup>344</sup> Para uma análise histórica detalhada do crime de agressão no plano internacional, cf. Sayapin (2014), Japiassú (2004) e Schabas (2007). Sobre as negociações na Conferência de Kampala, cf. Veroff (2016) e Weed (2011).

<sup>345</sup> Cf. De Stefani e Sperotto (2011, p. 209-210).

### 5.1.2

#### A fixação da pena e a abertura dada pelo Estatuto

Ainda no âmbito legalidade, deve-se considerar a abertura dada pelo Estatuto com relação à fixação pena.

Como já mencionado *supra*, o Artigo 23 consagra o princípio *nulla poena sine lege*. A pena a ser fixada deve estar prevista no Estatuto. A legalidade estende-se à sanção, não se restringindo à descrição da ação proibida.

Já as questões específicas relativas à pena estão previstas no Capítulo VII, intitulado “As Penas”. Assim dispõem os Artigo 77 e 78:

##### Artigo 77

##### Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

- a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
- b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,

2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

- a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;
- b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

##### Artigo 78

##### Determinação da pena

1. Na determinação da pena, o Tribunal atenderá, em harmonia com o Regulamento Processual, a fatores tais como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado.

2. O Tribunal descontará, na pena de prisão que vier a aplicar, o período durante o qual o acusado esteve sob detenção por ordem daquele. O Tribunal poderá ainda descontar qualquer outro período de detenção que tenha sido cumprido em razão de uma conduta constitutiva do crime.

3. Se uma pessoa for condenada pela prática de vários crimes, o Tribunal aplicará penas de prisão parcelares relativamente a cada um dos crimes e uma pena única, na qual será especificada a duração total da pena de prisão. Esta duração não poderá ser inferior à da pena parcelar mais elevada e não poderá ser superior a 30 anos de prisão ou ir além da pena de prisão perpétua prevista no artigo 77, parágrafo 1º, alínea b).<sup>346</sup>

A questão a ser apresentada diz respeito à ausência de cominação específica de penas para cada uma das condutas criminosas. Há apenas uma

<sup>346</sup> Há ainda dois outros Artigos no mencionado Capítulo VII: um que trata de um fundo em favor das vítimas (Artigo 79) e outro relativo à ausência de interferência na aplicação dos direitos internos pelos Estados (Artigo 80). Já o Artigo 110, mencionado pelo Artigo 77, trata da possibilidade da redução da pena durante sua execução, inclusive no caso de prisão perpétua – nessa hipótese desde que cumprido um mínimo de vinte e cinco anos de restrição de liberdade, dentre outros requisitos lá previstos.

previsão genérica, que pode ir de “um determinado número de anos” até prisão perpétua, sem critérios precisos para a fixação. O Estatuto menciona apenas o “grau da ilicitude” e as “condições pessoais” do acusado para viabilizar a aplicação da sanção perpétua.

Como afirma Palazzo:

*Lo Statuto non disciplina, invece, la corrispondenza tra le singole fattispecie criminose e la tipologia delle pene, lasciando così interamente al giudice il compito di scegliere qualità e quantità della pena in ragione del tipo e della gravità del reato (2013, p. 199).*

A taxatividade, anteriormente discutida, não pode se restringir à descrição de conduta, devendo se estender também à pena cominada. A sanção, especialmente quando ocorre privação da liberdade, deve estar prevista dentro de certos parâmetros específicos. Ausência de especificação significa, materialmente, ofensa à legalidade.

Nesse sentido, leciona Schabas:

*Most domestic criminal codes set out a precise and detailed range of sentencing options. Often, each specific offence is accompanied by the applicable penalty, including references to maximum and minimum terms. [...] The final result in Rome Statute, however, is a few laconic provisions establishing the maximum sentence and, by and large, leaving determination in specific cases to the judges. This constitutes, incidentally, a rather dramatic exception to the general policy of the drafters of the Statute and the Rules, which was to define and delimit judicial discretion as much as possible. In determining the appropriate sentence, the judges have been given a very free hand. (SCHABAS, 2003, p. 312).<sup>347</sup>*

Por outro lado, Cassese elogia a indeterminação existente no Estatuto. Segundo o autor, há diferenças profundas de valoração acerca da gravidade e ainda da culpabilidade no tocante aos Estados, o que impediria a previsão legal específica de penas. Ele chega, inclusive, a afirmar que o princípio da legalidade da pena não se aplicaria no plano internacional e assim conclui:

*In diritto internazionale penale, dunque, nella fase di commisurazione della pena applicabile al caso concreto i giudice godono di margini di discrezionalità molto più ampi rispetto a quelli tradizionalmente riconosciuti loro nei sistemi di giustizia penale nazionale. (2005b, p. 207).<sup>348</sup>*

<sup>347</sup> Roxin também destaca que a legalidade exige a existência de previsão acerca da classe de pena e sua possível quantia (1997, p. 138).

<sup>348</sup> Luciana Boiteux apresenta, de maneira geral, a mesma posição de Cassese: “Em resposta às críticas de que a ausência de previsão de uma escala penal fechada para cada crime violaria o princípio da legalidade com relação à pena, deve ser lembrado que não se trata de uma lei interna, mas sim de um tratado aprovado por meio de compromissos de diferentes tradições jurídicas. Seria

As diferenças de valoração entre os crimes, da forma apontada por Cassese, não ocorrem apenas entre Estados. No plano interno, especialmente em países com vastos territórios ou populações, há várias formas de compreensão de uma mesma ação. Essas diferenças não devem possuir o condão de relativizar aquele que é o mais basilar dos princípios penais.

O argumento apresentado por Cassese torna-se ainda mais frágil quando se recorda que o Estatuto de Roma só possui legitimidade para punir os “crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional em seu conjunto”, conforme Artigo 5º. Portanto, se nos âmbitos internos a intervenção penal só deve ocorrer nos casos mais drásticos, o que dizer no plano internacional?<sup>349</sup> Sendo assim, não se consegue conceber uma grande diferença de valoração quanto à gravidade e juízo de censura, como foi apontado pelo autor italiano.

Outro fundamento a ser apresentado encontra-se no grande número de delitos definidos no Estatuto. Apenas no Artigo 8º há cinquenta e três crimes de guerra descritos, ainda que muitos deles tenham redação bastante semelhante. Essa margem de discricionariedade dada aos juízes é demasiadamente ampla diante da quantidade de condutas criminosas previstas. A conclusão poderia ser distinta, caso houvesse previsão de um pequeno número de infrações penais.

Além da quantidade, obviamente há diferenças substanciais no grau de reprovabilidade dos crimes. Isso certamente impede a prática de uma cominação de sanção tão genérica como a que ocorreu no Artigo 77.

Enfim, só é possível conceber o Direito Internacional Penal a partir do instante em que o princípio da legalidade receba a devida importância, especialmente diante do Estatuto de Roma. Até hoje essa garantia, cuja importância nos planos internos já é reconhecida há mais de trezentos anos, ainda não é tratada com a devida relevância quando posta diante dos crimes internacionais.

---

impossível que uma Assembleia de Estados-Parte tivesse condições de estabelecer com detalhes a forma de aplicação da pena e a escala penal para cada um dos delitos”. (2007, p. 97).

<sup>349</sup> Cf. item 4.5.

## 5.2

### Elementos Constitutivos do Crime

Há um aspecto inovador no Estatuto de Roma, considerando não só o Direito Internacional Penal mas também o Direito Penal interno, inclusive de países de tradição anglo-saxã. Trata-se da existência de um texto normativo, hierarquicamente inferior ao Estatuto, destinado a auxiliar a interpretação e a aplicação dos Artigos 6º a 8º *bis*, que descrevem os crimes em espécie. É o que prevê o Artigo 9º, com redação dada pela Conferência de Kampala:

#### *Artículo 9*

##### *Elementos de los crímenes*

1. *Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.*

2. *Podrán proponer enmiendas a los Elementos de los crímenes:*

a) *Cualquier Estado Parte;*

b) *Los magistrados, por mayoría absoluta;*

c) *El Fiscal.*

*Las enmiendas serán aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.*

3. *Los Elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.*<sup>350</sup>

Assim, a Assembleia de Estados Partes redigiu o documento mencionado<sup>351</sup>, que é estruturado da seguinte maneira: uma “introdução geral”<sup>352</sup>,

<sup>350</sup> A única alteração realizada pela Conferência de Kampala foi a inclusão do Artigo 8º *bis* na redação da norma. Anteriormente, o Artigo 9º mencionava apenas os Artigos 6º a 8º, omitindo obviamente o Artigo 8º *bis* (acrescentado em Kampala, como já tratado). Acrescente-se ainda que, segundo Kirsch e Oosterveld, “um documento dessa natureza jamais fora elaborado no direito internacional”. (2005, p. 54).

<sup>351</sup> Segundo informação da página do Tribunal Penal Internacional na rede mundial de computadores, *el texto de estos Elementos de los Crímenes se reproduce de Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1), parte II.B. Los Elementos de los Crímenes adoptados en la Conferencia de Revisión de 2010 se reproducen de Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (RC/11), parte II.* Disponível em [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf). Acesso em 15.set.16.

<sup>352</sup> *Introducción general*

1. *De conformidad con el artículo 9, los siguientes elementos de los crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 en forma compatible con el Estatuto. Serán aplicables a los elementos de los crímenes las disposiciones del Estatuto, incluido el artículo 21, y los principios generales enunciados en la Parte III.*

2. *Como lo señala el artículo 30, salvo disposición en contrario una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento. Cuando no se hace*

seguindo-se outras quatro divisões, destinadas respectivamente a cada um dos crimes de competência do Tribunal: genocídio, contra a humanidade, guerra e agressão. Cada uma dessas divisões apresenta duas partes: uma introdução e os elementos do crime propriamente ditos.<sup>353</sup>

Kirsch e Oosterveld elogiam a criação do referido documento:

o processo de elaboração dos Elementos de Crimes deu uma contribuição mais útil do que a maioria imaginava. Os crimes listados no Estatuto são, muitas vezes, apenas descrições superficiais formuladas com base em uma série de tratados diferentes, e portanto, utilizam terminologias muito distintas. A elaboração dos elementos ajudou a proporcionar uma estrutura coerente, com uma terminologia coerente e moderna. Por exemplo, expressões como “declarar que não será dado quartel”, derivadas de convenções antigas, são explicadas em linguagem clara, que as torna mais acessíveis. Além disso, a elaboração dos diferentes elementos deixou claro como aplicar a responsabilidade individual a crimes que tradicionalmente foram examinados em termos de responsabilidade dos Estados, tais como o desaparecimento forçado. (2005, p. 53).

Obviamente todo o disposto nos Elementos Constitutivos dos Crimes deve estar em perfeita harmonia com o Estatuto, sob pena de ofensa à legalidade. Tanto é assim que o item 3 do Artigo acima transcrito exige tal compatibilidade, bem

---

*referencia en los elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos. A continuación se indican excepciones a la norma del artículo 30 sobre la base del Estatuto y con inclusión del derecho aplicable en virtud de las disposiciones del Estatuto en la materia.*

*3. La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso.*

*4. Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa.*

*5. Los elementos correspondientes a cada crimen no se refieren en general a las circunstancias exigentes de responsabilidad penal o a su inexistencia.*

*6. El requisito de ilicitud establecido en el Estatuto o en otras normas de derecho internacional, en particular del derecho internacional humanitario, no está en general especificado en los elementos de los crímenes.*

*7. La estructura de los elementos de los crímenes sigue en general los principios siguientes:*

*a) Habida cuenta de que los Elementos de los Crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden;*

*b) Cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, éste aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente;*

*c) Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar.*

*8. El término “autor”, tal y como se emplea en los Elementos de los crímenes, es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia. Los elementos, incluidos los de intencionalidad que procedan, son aplicables, mutatis mutandis, a quienes hayan incurrido en responsabilidad penal en virtud de los artículos 25 y 28 del Estatuto.*

*9. Una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes.*

*10. La utilización de expresiones abreviadas para designar a los crímenes en los títulos no surtirá ningún efecto jurídico.*

<sup>353</sup> Os Elementos relativos ao crime de genocídio serão transcritos *infra*, para que seja possível compreender o alcance e o significado do texto e ainda examinar outros aspectos da questão.



como o item 1 da Introdução Geral dos Elementos. Trata-se de uma questão de hierarquia normativa.

A propósito, Kirsch e Oosterveld relatam como se deram as negociações ainda durante a Conferência de Roma. O cerne da questão visava impedir que o documento internacional ferisse o que já constasse no Estatuto:

Muitos Estados estavam extremamente preocupados com a possibilidade de que os elementos fossem utilizados, na verdade, como veículos para modificar algumas disposições do Estatuto. As discussões começaram com muitos deles reiterando sua visão de que os elementos não deveriam ser usados indevidamente para limitar ou ampliar a aplicação dos crimes listados naqueles documentos. Essas preocupações não se concretizaram e, na verdade, todos concordaram em que a integridade do Estatuto era o mais importante, o que era um sinal promissor para o futuro. (2005, p. 55).

Percebe-se uma considerável redundância entre os textos do Estatuto e dos Elementos dos Crimes – quando este deveria apenas esclarecer alguns aspectos mais controversos daquele. Como exemplo é possível mencionar o crime de genocídio. Praticamente tudo o que está dito nos Elementos pode ser extraído do próprio Estatuto. Na maioria das vezes, as mesmas palavras são utilizadas.

Há cinco formas de genocídio previstas no Estatuto, e os Elementos tratam de cada uma delas; em alguns casos em quatro itens, em outros cinco e, no último, sete. Entretanto, o único esclarecimento que faz sentido é o último item relativo a cada uma das formas de genocídio, já que apenas nesses casos há uma efetiva aclaração dos conteúdos do Estatuto.<sup>354</sup>

---

<sup>354</sup> Artículo 6.

*Genocidio*

*Introducción*

*Con respecto al último de los elementos de cada crimen:*

*a) La expresión “en el contexto de” incluiría los actos iniciales de una serie que comienza a perfilarse;*

*b) La expresión “manifiesta” es una calificación objetiva;*

*c) Pese a que el artículo 30 exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular.*

*Artículo 6 a)*

*Genocidio mediante matanza*

*Elementos*

*1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.*

*2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.*

*3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.*

*4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.*

Nos crimes de guerra, que são demasiadamente extensos, essa repetição de conteúdo ocorre de forma ainda mais reiterada.

Comparação interessante pode ser feita por meio da utilização da quantidade de páginas do Estatuto e dos Elementos, tendo como referência os documentos extraídos da página do Tribunal Penal Internacional da rede mundial de computadores. Nesse sentido é utilizada, portanto, a mesma formatação.

*Artículo 6 b)*

*Genocidio mediante lesión grave a la integridad física o mental*

*Elementos*

- 1. Que el autor haya causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas*
- 2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.*
- 3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.*
- 4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.*

*Artículo 6 c)*

*Genocidio mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física*

*Elementos*

- 1. Que el autor haya sometido intencionalmente a una o más personas a ciertas condiciones de existencia.*
- 2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.*
- 3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.*
- 4. Que las condiciones de existencia hayan tenido el propósito de acarrear la destrucción física, total o parcial, de ese grupo.*
- 5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.*

*Artículo 6 d)*

*Genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos]*

*Elementos*

- 1. Que el autor haya impuesto ciertas medidas contra una o más personas.*
- 2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.*
- 3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.*
- 4. Que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.*
- 5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.*

*Artículo 6 e)*

*Genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños*

*Elementos*

- 1. Que el autor haya trasladado por la fuerza a una o más personas.*
- 2. Que esa persona o personas hayan pertenecido a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.*
- 3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.*
- 4. Que el traslado haya tenido lugar de ese grupo a otro grupo.*
- 5. Que los trasladados hayan sido menores de 18 años.*
- 6. Que el autor supiera, o hubiera debido saber, que los trasladados eran menores de 18 años.*
- 7. Que los actos hayan tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción.*

Enquanto o Estatuto possui sessenta e cinco páginas (incluindo capa), os Elementos possuem quarenta e cinco (e sequer há capa no documento). Sendo assim, percebe-se uma manifesta desproporção.

Enfim, os Elementos poderiam se restringir a algumas normas do Estatuto de Roma com conotação mais dúbia, como ocorre nos casos denominados interpretação autêntica ou legislativa no âmbito dos direitos internos. Mas não é isso o que acontece.

#### Segundo Bellavista

*Chimasi autentica la interpretazione de una legge per mezzo di un'altra legge che indichi il preciso significato e i limiti di applicazione di una legge precedente e consiste nella dichiarazione circa il contenuto di una data norma eseguita dallo stesso soggetto che l'ha posta. (1975, p. 32).<sup>355</sup>*

Os Elementos do Crime, portanto, poderiam ser extremamente mais restritos, como tradicionalmente ocorre nos casos de interpretação autêntica nos âmbitos internos. Apenas se ressalve que os Elementos do Crime estão hierarquicamente num patamar inferior às normas do Estatuto, já que se trata de um esclarecimento complementar. No caso da interpretação autêntica se está no mesmo patamar hierárquico.

A conclusão de que os Elementos Constitutivos dos Crimes possuem hierarquia inferior ao Estatuto é alcançada com base no seguinte fundamento: cada Estado é soberano para decidir se firmará ou não o Estatuto, incorporando-o ou não ao seu Direito interno. Já com relação aos Elementos, bastam dois terços dos membros da Assembleia dos Estados Partes. Portanto, é possível que o Estado seja signatário do Estatuto, discorde de determinada norma dos Elementos e ainda assim estará vinculado a ela.

Assim, o ponto de destaque é a decisão acerca da vinculação ou não ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, e não aos Elementos Constitutivos do Crime. Conclui-se que se trata de documento acessório ao

<sup>355</sup> Na doutrina nacional, assim leciona Bitencourt: “A interpretação *autêntica* é fornecida pelo próprio Poder Legislativo, isto é, pelo *Poder* que elabora o diploma legal, por isso também pode ser denominada legislativa. O legislador edita nova lei para esclarecer o conteúdo e o significado de outra já existente. Essa interpretação conferida pelo legislador é, em princípio, obrigatória, especialmente quando proveniente de outra lei, que é a dita *norma interpretativa*, e, nesse particular, distingue-se da interpretação judicial e doutrinária. Às vezes o legislador insere essa interpretação no próprio texto legal, como ocorre, por exemplo, com a concepção de *casa* para a tutela penal no crime de *violação de domicílio* (art. 150, §§ 4º e 5º, do CP) ou a definição de *funcionário público* para efeitos penais (art. 327 do CP)”. (2012, p. 186).

Estatuto, apesar de sua relevância no tocante à interpretação das normas penais. Recordar-se que uma regra básica em Direito é que o acessório deve seguir o principal.

Tanto é assim que o Artigo 9º do Estatuto deixa expresso que os Elementos “auxiliarão o Tribunal a interpretar e aplicar [...]”. Portanto, um auxílio. A fonte primária é o Estatuto.

Logo, o ideal seria se houvesse esses esclarecimentos num documento oficial apenas para palavras e expressões mais complexas, de forma a evitar uma discricionariedade demasiadamente extensa pelos juízes – o que já foi inclusive objeto de considerações ao se tratar do princípio da legalidade.<sup>356</sup>

Por fim, cabe criticar o item 4 da Introdução Geral dos Elementos, eis que possui disposição contrária ao Artigo 30 do Estatuto – ferindo, portanto, a hierarquia acima apontada. Assim prevê o mencionado item:

*4. Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos “inhumanos” o “graves”, por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa.*

Percebe-se que a referida norma dispensa o agente de realizar um juízo de valor em elementos do crime que carregam em si uma carga axiológica elevada – os chamados elementos normativos.<sup>357</sup>

Por outro lado, ao tratar do elemento subjetivo do delito, o Artigo 30, item 1, do Estatuto – norma hierarquicamente superior – exige expressamente que o agente, ao cometer o crime “atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais”. Obviamente não há como o agente ter conhecimento dos elementos do crime sem ter realizado a valoração acerca dos elementos normativos eventualmente presentes.

No caso dos exemplos citados no item 4 da Introdução Geral dos Elementos, o agente precisa valorar se os atos foram realmente desumanos ou

<sup>356</sup> Cf. item 5.1.

<sup>357</sup> Bitencourt assim os define: “*Elementos normativos* são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma *atividade valorativa*. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um *juízo de valor*”. (2012, p. 342). Cita como exemplos, no Código Penal brasileiro, os elementos indevidamente, sem justa causa, sem permissão legal, sem autorização da autoridade competente, fraudulentamente, sem autorização, documento, funcionário público, decoro e coisa alheia. (2012, p. 342). Cf. ainda Mendonça (2016).

graves, já que o Artigo 30 exige conhecimento e vontade acerca dos elementos. Consequentemente, os Elementos do Crime não podem simplesmente dispensar que o agente realize o juízo de valor, como consta em sua Introdução Geral.<sup>358</sup>

Este é o principal aspecto a ser observado: a hierarquia entre o Estatuto de Roma e os Elementos do Crime.

### 5.3

#### **O elemento subjetivo dos crimes segundo o Estatuto – Dolo ou *Mens Rea*?**

Considerando a diversidade de concepções que envolvem o elemento subjetivo do crime nas concepções do *Civil Law* e do *Common Law*, é o caso de examinar como considerar o tratamento dado à questão pelo Estatuto de Roma e, consequentemente, pelo Direito Internacional Penal.

Entretanto, deve-se ressaltar desde logo que a responsabilidade penal é eminentemente subjetiva. É o que o Direito Penal continental trata como princípio da culpabilidade.<sup>359</sup> Já o Direito anglo-saxão, como já dito *supra*, denomina *mens rea*.<sup>360</sup>

Acerca do princípio da culpabilidade e o consequente repúdio à responsabilidade subjetiva, leciona Roxin:

A eliminação do acaso e a superação do direito penal de resultado são, historicamente, as maiores conquistas do princípio da culpabilidade. Somente após se haver determinado que a causação do resultado não é fruto do acaso, mas decorreu, de modo objetivamente imputável, do comportamento do autor, é que se formulará a outra pergunta – também a ser respondida com ajuda do princípio da culpabilidade – quanto a se a constituição interior do agente permite uma imputação subjetiva, se ele é ‘culpável’, no sentido corrente da palavra. (2006, p. 135).<sup>361</sup>

<sup>358</sup> O elemento subjetivo do crime e o Artigo 30 do Estatuto serão abordados *infra*.

<sup>359</sup> Como já tratado no Capítulo 3, o referido princípio recebe tal denominação por razões eminentemente históricas. Isso porque, antes da adoção da teoria finalista da conduta, o dolo e a culpa eram tratadas no âmbito da culpabilidade. Na Itália, inclusive, tais questões continuam examinadas no referido elemento do crime, sendo a consciência da ilicitude o elemento normativo do dolo. Já a tipicidade e a ilicitude examinam os elementos objetivos. Cf. Mantovani (2009), Marinucci e Dolcini (2002) e Palazzo (2013).

<sup>360</sup> Cf. Capítulo 3.

<sup>361</sup> Nessa mesma linha coloca Luciana Boiteux: “O princípio da culpabilidade se sustenta no repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva pelo resultado, exigindo a subjetividade para a resposta penal, assim como a noção de reprovabilidade, ou seja, de que uma pena só possa ser aplicada quando a conduta do sujeito estiver associada causalmente a um resultado reprovável”. (2007, p. 109). Cf. ainda Pisani (2007, p. 1376) e Cassese (2005b, p. 181).

Já no âmbito do Direito Penal de origem anglo-saxã, Schabas assim leciona acerca da *mens rea* e, consequentemente, da importância da responsabilidade subjetiva:

*Criminal law sets itself apart from other areas of law in that [elemento subjetivo], as a general rule, it is concerned with intentional and knowing behavior. An individual who causes accidental harm to another may be liable before some other body but will by and large not be held responsible before criminal courts. Intent is often described using the Latin expression mens rea ('guilty mind'), taken from the phrase actus non facit reum nisi mens sit rea. (2007, p. 223).*

Seguindo tais parâmetros estabelecidos pelo Direito Penal anglo-saxão e romano-germânico, o Direito Internacional Penal também consagra a responsabilidade subjetiva. Do ponto de vista histórico, o princípio da culpabilidade é considerado por esse ramo do Direito desde o Tribunal de Nuremberg. (MANTOVANI, 2009, p. 944; SICURELLA, 2008, P. 173).

A importância do elemento subjetivo do crime é extraída de várias normas do Estatuto de Roma, a serem examinadas *infra*. A principal delas é nitidamente o Artigo 30, cuja rubrica é “Elementos Psicológicos” e assim dispõe:

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.

Acerca da importância do Artigo 30 e sua centralidade no Estatuto de Roma, assim coloca Sicurella:

*il legislatore internazionale del 1998 ha infatti per la prima volta introdotto in diritto penale internazionale una disposizione di carattere generale in materia di elemento soggettivo dei crimini internazionale, deputata in quanto tale a rappresentare il punto di riferimento essenziale per la definizione dei profili soggettivi dei crimini previsti nello Statuto di Roma. (2008, p. 173).*

Antes de verticalizar o estudo do Artigo 30, cabe considerar que a norma não revela com nitidez se sua origem é essencialmente o Direito Penal continental ou de tradição anglo-saxã. Isso porque não há referência, sequer implícita, aos

institutos relativos ao elemento subjetivo com base no *Civil Law* (dolo e culpa) ou no *Common Law* (*intent, recklessness, negligence, knowledge* e *strict liability offences*).<sup>362</sup>

Por incrível que pareça, Schabas relata que a Conferência de Roma não debateu seriamente a redação da norma a qual originou o Artigo 30, acrescentando que “tais disposições foram relativamente incontroversas durante o trabalho de redação”. (2000, p. 179).<sup>363</sup>

A dificuldade em definir a origem do elemento subjetivo no Estatuto de Roma – e consequentemente no Direito Internacional Penal – é apontada por Pisani:

*risulta assai difficile fornire una definizione compiuta del principio di colpevolezza, vista la varietà di ricostruzioni che esso ha ricevuto anche nelle legislazioni dei vari Paesi. Tale difficoltà si riflette segnatamente nella elaborazione del concetto nel diritto internazionale penale. [...] E allora a noi sembra che i compilatori dello Statuto abbiano qui tentato di operare una sintesi tra il concetto di intention invalso nei sistemi di Common Law e quello dolus dei sistemi continentali. (2001, p. 1374 e 1381).*

Interessante notar que De Stefani e Sperotto, ao tratarem da questão, acabam por misturar um conceito genérico do *Common Law* – a *mens rea*, ou seja, a necessidade da presença do elemento subjetivo do crime – com um instituto específico do *Civil Law* – o dolo, que é uma das modalidades do elemento subjetivo. Afirmam os autores: *Per quanto attiene all'elemento soggettivo (mens rea), ossia l'adesione soggettiva all'illecito, a grande maggioranza delle condotte vietate dal diritto internazionale richiede, come abbiamo detto, il dolo [...]. (2009, p. 190).*

Em outro trecho registram De Stefani e Sperotto: *Se il fatto penalmente rilevante (azione ed evento da essa causato) è posto in essere con coscienza e volontà (intent and knowledge) si parla di dolo. (2011, p. 185).* Percebe-se novamente uma nítida mescla entre as ideias acerca do elemento subjetivo oriundas das tradições anglo-saxã e continental.

<sup>362</sup> Cf Capítulo 3. Rosaria Sicurella acrescenta que, apesar dos inegáveis méritos do Artigo 30, trata-se de uma norma confusa e até mesmo contraditória. (2008, p. 173).

<sup>363</sup> Schabas registra que houve debate mais profundo apenas para o conceito de falta de cautela, o que resultou na retirada do Grupo de Trabalho destinado ao tema na Conferência de Roma. Continua o autor: “Havia realmente poucas razões para defini-la [falta de cautela], uma vez que não era elemento subjetivo em qualquer dos crimes submetidos à jurisdição da Corte” (2000, p. 179).

Na doutrina nacional, Luciana Boiteux defende que o Artigo 30 se aproxima mais do *Common Law* (2007, p. 110).

Assim, resta examinar o disposto no Artigo 30, para que se conclua como ele deve ser interpretado.

A regra básica, prevista no item 1 dessa norma, é que o elemento subjetivo do crime exige vontade de cometer a infração penal e conhecimento de seus elementos. As palavras *vontade* e *conhecimento* aparecem textualmente na tradução que segue o Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, que promulgou o Estatuto de Roma no Brasil. Já na tradução para o Espanhol, retirada da página oficial do Tribunal Penal Internacional, na rede mundial de computadores, são utilizadas as palavras *intención* e *conocimiento*.<sup>364</sup>

Tendo como referência apenas o item 1, poder-se-ia concluir que o Direito Internacional Penal exige qualquer modalidade de dolo, considerando a tradição romano-germânica, ou a *intent*, considerando a *mens rea* oriunda da inspiração anglo-saxã.

Todas as modalidades de dolo – direto ou eventual – exigem dois elementos para a sua caracterização: um denominado intelectual – o conhecimento dos elementos que compõem a conduta criminosa – e outro denominado volitivo – a vontade de realizar a conduta imaginada.

Nos dizeres de Pisani: *Infatti nella dottrina penalistica continentale la componente conoscitiva e quella volitiva devono coesistere nella struttura del dolo*. (2001, p. 1381).

Até mesmo no dolo eventual, em que o agente imagina o resultado e não se importa com sua produção, exige-se vontade, ainda que em menor gradação.<sup>365</sup>

Acerca da estrutura do dolo, assim leciona Roxin:

*Para caracterizar unitariamente las tres formas de dolo [dolo direto de primeiro grau, de segundo grau e dolo eventual, na classificação de Roxin] se emplea casi siempre la descripción del dolo como “saber y querer (conocimiento y voluntad)” de todas las circunstancias del tipo legal. A ese respecto, el requisito intelectual (“saber”) y el volitivo (“querer”) están en cada caso diferentemente configurados en sus relaciones entre si.* (1997, p. 415-416).

<sup>364</sup> Disponível em <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>. Acesso em 15.set.16.

<sup>365</sup> Pisani apresenta a seguinte definição de dolo eventual: *Nel dolus indirectus o eventualis l'autore si rappresenta la realizzazione del fatto tipico previsto della legge come altamente probabile, e accetta il rischio della sua verificazione esprimendo quindi un atteggiamento di consenso dinanzi ad essa*. (2001, p. 1383).



Portanto, mesmo no dolo eventual, há necessidade de estar caracterizado o elemento volitivo, ainda que numa gradação menos intensa do que no dolo direto. Roxin destaca que, no dolo eventual, *el lado volitivo está configurado más débilmente* – mas ainda assim está presente.<sup>366</sup>

Por outro lado, De Stefani e Sperotto, citando o Artigo 30, afirmam que a regra básica do Estatuto de Roma é a necessidade de dolo direto na conduta criminosa. (2009, p. 192). Pelo que foi dito *supra*, não se pode concordar com tal posicionamento.<sup>367</sup>

Trazendo a discussão para o Direito Penal de tradição anglo-saxã, uma leitura isolada do item 1 do Artigo 30 levaria a crer que a *mens rea* só estaria caracterizada no caso de *intent* – que é o mais alto grau de vontade, com correspondência ao dolo direto no Direito continental.<sup>368</sup> Isso porque não seria possível – numa primeira análise – considerar o *recklessness*, eis que este se contenta com o certo grau de temeridade ou descuido, enquanto a norma do Estatuto fala expressamente em vontade.

Ocorre que o item 2 do Artigo 30, especialmente em sua alínea *b*, relativiza a exigência da vontade para caracterização do crime.

Antes de examinar tal norma, cabe mencionar que a alínea *a* não acrescenta substancialmente nada ao item 1, eis que se limita a afirmar que “atua intencionalmente quem, relativamente a uma conduta, se propuser a adotá-la”. Até aqui fica reiterada a conclusão já extraída anteriormente, no sentido de que o elemento subjetivo restaria caracterizado uma vez presente o dolo, ainda que eventual, ou a *intent* caso se considere as gradações da *mens rea*.

Já a alínea *b* prevê que também atua intencionalmente quem, “relativamente a um efeito do crime, propuser-se causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos”.

A primeira parte da norma, que menciona a hipótese de que o agente se proponha a causar determinado resultado delituoso, simplesmente reforça a

<sup>366</sup> Para Roxin, há uma diminuição tanto do elemento intelectual como do volitivo a depender da gradação do dolo. (1997, p. 416). Entretanto, pensamos que o destaque recai sobre o elemento volitivo, eis que aqui se percebe mais nitidamente uma menor gradação da vontade.

<sup>367</sup> Os autores mencionados acabarão por relativizar a exigência de dolo direto, como será tratado *infra*. Entretanto, a relativização ocorrerá pelo disposto no item 2 do Artigo 30. O que se está aqui a ressaltar é que o item 1 da mencionada norma fez com o que De Stefani e Sperotto rechassem o dolo eventual, obrigando a presença do dolo direto.

<sup>368</sup> Cf. Capítulo 3.

conclusão anterior de se admitir o dolo eventual. Entretanto, não altera a conclusão de que, tratando-se de *Common Law*, o elemento subjetivo somente estaria caracterizado diante da *intent*. Não é possível se concluir pelo pressuposto de que bastaria a *recklessness* quando esta se contenta com a temeridade, e a norma exige que efetivamente o agente se proponha a atingir o resultado danoso.

Mas a grande peculiaridade está na segunda parte, que menciona a intenção, portanto bastando que o agente saiba que o resultado será atingido numa “ordem normal dos acontecimentos” – diminuindo assim a gradação quanto ao aspecto subjetivo, como já foi anteriormente apresentado.

No Direito Penal de origem continental, a norma contida no Artigo 30, item 2, *b*, deve ser interpretada de forma a exigir, no mínimo, dolo eventual – e não culpa consciente.

No caso da culpa, o agente, apesar da inobservância do dever de cautela, acredita na inocorrência do resultado. Segundo Welzel, em que pese o descuido, o agente *podría estar absolutamente seguro de que no lesionará bienes jurídicos* – mas o resultado acaba acontecendo. (1956, p. 135-136).

Portanto, não há como conciliar a pequena gradação de natureza subjetiva da culpa com a exigência normativa, a qual exige que o sujeito ativo tenha consciência de que o resultado será atingido numa ordem normal dos acontecimentos. Insista-se: na culpa ele acredita que o resultado não ocorrerá.

Ademais, já foi dito que, se o Direito Penal nos âmbitos internos só deve ser aplicado nos casos mais drásticos, o Direito Internacional Penal é ainda mais excepcional. Além de o Estatuto de Roma prever a punição somente em casos mais graves, há ainda a previsão do princípio da complementariedade.<sup>369</sup> Assim, seria algo manifestamente desproporcional falar em punição a título de culpa – até mesmo porque, como já tratado, esta é exceção em Direito Penal, cuja regra geral é o dolo.<sup>370</sup>

É nessa linha que Luciana Boiteux defende:

Há previsão de algo próximo do nosso dolo eventual, no caso de o agente ter ciência de que um determinado efeito do crime poderá ocorrer em uma ordem normal dos acontecimentos (artigo 20 (2) (b)). (2007, p. 110).<sup>371</sup>

<sup>369</sup> Cf. Capítulo 4.

<sup>370</sup> Cf. Capítulo 3.

<sup>371</sup> Percebe-se a ocorrência de mero erro material na doutrina de Luciana Boiteux, eis que é mencionado o Artigo 20, item 2, *b* – quando na verdade se examina o Artigo 30, item 2, *b*.

Interpretando a norma em questão, De Stefani e Sperotto também defendem a caracterização do crime mediante dolo eventual. (2011, p. 191).

Já Nicola Pisani também admite o dolo eventual, mas por fundamento diverso. Segundo o autor, aceitar o dolo eventual é de central importância para o Direito Internacional Penal, considerando a dificuldade em provar a ocorrência do dolo direto. O autor inclusive usa a expressão *probatio diabolica*. (Pisani, 2001, p. 1383).

Parece que Pisani acaba por confundir questões de natureza penal com processual. O que está aqui em discussão é a interpretação do Artigo 30 do Estatuto de Roma, especialmente o item 2, *b*. Eventualmente discussão de natureza processual – no caso, se é ou não possível produzir prova – não pode influenciar a interpretação da forma como se caracteriza o elemento subjetivo do crime.

Ademais, a dificuldade apontada pelo autor não é adstrita ao Direito Internacional Penal. Sempre que a vontade é apresentada para análise de um juiz, haverá determinada dificuldade para se concluir precisamente o que realmente passava pela mente do agente ao realizar a conduta danosa. Essa dificuldade, porém, não tem o condão de influir na conclusão acerca do que diz determinada norma – até mesmo porque, por ocasião do julgamento, deve prevalecer o *in dubio pro reo* na avaliação das provas.

No âmbito do *Common Law*, há uma mudança substancial quanto ao elemento subjetivo. A partir do instante em que a norma se contenta com o conhecimento de que o resultado será atingido numa ordem normal dos acontecimentos, ela não pode se restringir ao *intent* para a caracterização do crime. Aqui já se pode admitir uma gradação abaixo, qual seja, *recklessness* – assim definido por Alexander e Ferzan: *Recklessness entails the conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk that a forbidden result may occur or that relevant circumstances exist*. (2009, p. 23).

Como se percebe na definição acima, não há uma correspondência direta entre dolo eventual e *recklessness* – sendo este uma figura intermediária entre o dolo eventual e a culpa consciente quando se leva em consideração o Direito Penal continental. (DE SETEFANI e SPEROTTO, 2011, p. 191; SICURELLA, 2008, p. 386-387).

Ainda assim é possível se concluir que o Estatuto de Roma, e consequentemente o Direito Internacional Penal, contenta-se com o *recklessness* para que haja o delito. Afinal, a temeridade significa exatamente agir sabendo que o resultado será atingido numa ordem normal dos acontecimentos.

Essa também é a conclusão de Rosaria Sicurella, ao afirmar que a norma em questão prevê o dolo eventual ou o *recklessness*, a depender do sistema a ser considerado. (2008, p. 181-182).

Por outro lado, reduzir-se-ia por demais a exigência de natureza subjetiva caso se admitisse a *negligence*, que seria o patamar imediatamente abaixo da *recklessness* tratando-se de *mens rea*.<sup>372</sup>

Já Kai Ambos apresenta posicionamento divergente ao afirmar que o Artigo 30 exige o dolo direto para caracterizar o crime, baseando sua análise no Direito de inspiração romano-germânica. (2008, p. 499).

Conclui-se, na mesma linha defendida por De Stefani e Sperotto, que o *recklessness* seria o patamar mínimo para a responsabilização pelo Direito Internacional Penal, tendo como referência todo o disposto no Artigo 30 no Estatuto de Roma. (2011, p. 191).

Mas ainda há outras normas que dispõem acerca do elemento subjetivo do crime, apesar do já tratado Artigo 30 ocupar uma posição central nessa análise.

Segundo Pisani, o disposto no Artigo 30 deve ser lido em conjunto com outras normas que tratem do elemento subjetivo do crime. (2001, p. 1372). É por tal razão que o Artigo 30 se inicia com a expressão “salvo disposição em contrário”, cujo intuito é harmonizá-la com outros dispositivos do Estatuto que tratam do elemento subjetivo do delito. (PISANI, 2001, p. 1376; SCHABAS, 2007, p. 224).

O principal exemplo está no Artigo 28, que trata da responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, e possui vários trechos destinados a abordar o elemento subjetivo. Tal norma exige, entre outros requisitos, o conhecimento do fato pelo superior, e ainda sua conduta omissiva, contribuindo assim para o resultado danoso.<sup>373</sup>

<sup>372</sup> Segundo Alexander e Ferzan, *recklessness is more culpable than negligence* (2009, p. 24).

<sup>373</sup> “Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o

O primeiro aspecto a ser considerado é a confusa redação do Artigo 28, que não tratou de forma técnica e sistemática o elemento subjetivo do crime.

Nicola Pisani, focando especialmente a alínea *b*, i, do mencionado Artigo, defende que há um amplo espectro de punição, que vai desde a culpa até o dolo (2001, p. 1387). Já Bernd Schünemann, de forma contraditória, entende que o Artigo 28 permite a punição a título de dolo para o superior que se comportou apenas culposamente. Acrescenta ainda que seria uma forma primitiva de Direito Penal (2005, p. 11).

Por outro lado, Luciana Boiteux se posiciona no sentido de que, ao prever que o superior deveria saber acerca do ocorrido, está diante de dolo eventual, e não culpa (2007, p. 110). A propósito, essa é a regra tratando-se do Direito Penal continental. Já Kai Ambos afirma que “se trata de um critério de imprudência”. (2008, p. 386).

Uma análise do Artigo 28 leva à mesma conclusão oriunda do Artigo 30: não seria suficiente se contentar com a culpa (ou *negligence*, na tradição do *Common Law*) para que o crime se caracterize. Isso porque a alínea *a* possui dois requisitos cumulativos, em razão da presença do vocábulo “e” no inciso i. Da mesma forma, a alínea *b*, possui três requisitos cumulativos, eis que também consta o vocábulo “e” no inciso ii.

Nessa perspectiva, a responsabilidade penal exige, no mínimo, o *recklessness*; portanto um patamar acima da *negligence*, considerando os conceitos oriundos da tradição anglo-saxã. E, como já foi dito, o *recklessness* está

---

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.”

gradativamente acima da culpa, caso se considere o *Civil Law* como parâmetro de comparação.

Além disso, reafirma-se que, se o Direito Penal no plano interno se pauta pelo princípio da subsidiariedade, ou seja, deve ser considerado como *ultima ratio*, o que dizer do Direito Internacional Penal. Caso se admita a punição a título de culpa estar-se-ia banalizando ao extremo a intervenção penal.

Ao examinar o Artigo 28, 2, *b*, Kai Ambos também conclui pela necessidade da presença ao menos do *recklessness*. (2008, p. 386).

Ainda acerca do Artigo 28, Ambos relata que a referida norma foi utilizada para lastrear a condenação no primeiro julgamento do Tribunal Penal Internacional, o caso *Prosecutor v. Lubanga*. Entretanto, o julgado não aprofundou a discussão sobre a definição da norma, ou seja, se bastaria a culpa, a *negligence*, ou ainda se seria necessário o *recklessness* ou até mesmo o dolo eventual. Sequer se discutiu se o elemento subjetivo seria extraído do Direito anglo-saxão ou da tradição romano-germânica, tendo sido realizada uma análise basicamente literal do Artigo 28 (2012, p. 149-150).<sup>374</sup>

Deve-se ainda mencionar o Artigo 25 do Estatuto, cuja rubrica é “Responsabilidade Criminal Individual”. Tal norma prevê a responsabilidade não só dos autores mas também dos partícipes, tratando ainda dos agentes que se encontrem na posição de garantidores – ou seja, aqueles que possuem uma obrigação especial de agir e cujas omissões acabam contribuindo para a ocorrência de resultados danosos.<sup>375</sup>

<sup>374</sup> A acusação recaiu no crime de guerra previsto no Artigo 8º, item 2, *e*, vii, do Estatuto, que prevê como crime a conduta de “recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades”. Acerca do posicionamento do Tribunal Penal Internacional, cf. ainda Estellita e Tosi. (2012).

<sup>375</sup> “1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.

2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.

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

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

b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;

c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;

d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Essa contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:

Destaque para o item 3, *d*, que é expresso ao exigir a intenção do sujeito ativo. Tanto é assim que concluem Heloísa Estellita e Mariana Tumbiolo Tosi acerca de tal norma: “O mero conhecimento de eventuais crimes cometidos por um grupo não pode ser suficiente para caracterizar como criminosa uma ação que, em outras circunstâncias, seria inócua”. (2012, p. 322). Rosaria Sicurella, ao se referir expressamente ao dolo, revela esse mesmo posicionamento. (2008, p. 342).

Enfim, percebe-se que o Estatuto não tratou de forma sistematizada o elemento subjetivo do crime, prevendo uma série de normas desconexas acerca do tema – apesar de o Artigo 30 ocupar posição central. Por outro lado, sua redação deixou a desejar, dificultando, sobremaneira, a atividade interpretativa, especialmente quando se considera a necessidade de se observar os conceitos oriundos do *Common Law* e do *Civil Law*.

É por tal razão que Schabas sugere que maiores esclarecimentos deveriam ocorrer nos Elementos do Crime. (2007, p. 225).

O ideal seria que o próprio Estatuto tratasse do tema de forma mais clara e sistematizada. Entretanto, no mínimo seria necessário um tratamento mais lógico nos Elementos.

É nessa mesma perspectiva que concluiu Kai Ambos:

é necessária uma elaboração mais precisa do conceito de dolo de direito penal internacional em relação aos crimes codificados nos arts. 6-8 do ETPI e especialmente se deve responder à questão em que medida a forte acentuação do elemento cognitivo do dolo, perceptível na dogmática nacional, pode ser transplantada ao direito penal internacional. [...] Possivelmente a discussão de direito penal internacional possa aqui, inclusive, influir na disputa alemã sobre o conceito de intenção. (2008, p. 580).

Apenas se ressalve, com relação ao que foi dito por Kai Ambos no trecho acima transcrito, que a questão não recai somente no elemento cognitivo do dolo,

- 
- i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
  - ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;
  - e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;
  - f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.
4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional”.

mas também na gradação do elemento volitivo – em que pese a relevância também daquele primeiro aspecto.

Por fim, De Stefani e Speroto registram ainda que é possível a previsão de *dolo específico*, ou *special intent*. Citam como exemplo o genocídio, que exige, além dos demais elementos, a “intenção de destruir, no todo em parte, um grupo nacional, étnico, racial, ou religioso, enquanto tal”, como prevê o Artigo 6º do Estatuto. (2009, p. 192). Há outros exemplos nos crimes contra a humanidade e nos crimes de guerra. (SCHABAS, 2007, p. 224).<sup>376</sup> No Brasil, essa especificação no elemento subjetivo é conhecida como fim especial de agir.<sup>377</sup>

#### 5.4

#### **Causas de exclusão da responsabilidade criminal: afastamento da ilicitude, da culpabilidade ou simplesmente *defences*?**

A falta de sistematização não se restringe ao elemento subjetivo do crime, mas estende-se também às excludentes de responsabilidade criminal. Sendo mais preciso, o Direito Internacional Penal não distingue entre as causas de exclusão de ilicitude e de culpabilidade (causas de justificação e de exculpação, respectivamente). Portanto, o tratamento dado ao tema pelo Estatuto é baseado na tradição anglo-saxã. (AMBOS, 2008, p. 84).<sup>378</sup>

Consequentemente, todas as causas de exclusão da responsabilidade penal são tratadas conjuntamente, em dissonância com o Direito Penal de inspiração romano-germânica – que, por sua vez, opta pela distinção acima descrita.

Demonstrando a influência do *Common Law* na Conferência de Roma – que originou o Estatuto –, eis que não se distinguiu entre as excludentes de ilicitude e culpabilidade, Ambos faz o seguinte registro histórico:

Segundo o diplomata sueco *Per Saland*, presidente do Grupo de Trabalho sobre os Princípios Gerais (“Working group on general principles”) da Conferência de

<sup>376</sup> Pisani também aborda a questão, distinguindo entre o que denomina *intention* e *specif intent*, ou seja, entre o elemento subjetivo “geral do crime” e algum elemento subjetivo especial. (2007, p. 1379-1380). Cf. ainda Sicurella. (2008, p. 267-276).

<sup>377</sup> Segundo Jair Leonardo Lopes, o fim especial de agir “só aparece naqueles casos em que o verbo típico é de sentido ambíguo, podendo a respectiva ação conduzir a diversos fins, alguns até lícitos e outros ilícitos. Em tais casos, o legislador, para tornar clara sua intenção, facilitando, também, a adequação do fato ao tipo, introduz este elemento subjetivo consistente em expressões tais como ‘para si ou para outrem’ no art. 155, ‘com o fim de’ no art. 131, ‘para apropriar-se’ no art. 161, ‘com o intuito de’ no art. 171, § 2º, V, ‘para satisfazer interesse ou sentimento pessoal’ no art. 319”. (1999, p. 117-118).

<sup>378</sup> Cf. item 4.4.



Roma, o artigo 31 representou com certeza o objeto de negociação mais complicado da terceira parte do Estatuto: “because of the conceptual differences which were found to exist between the various legal systems”. Essas diferenças conceituais, e especialmente a questão desde sempre discutida entre os países da *common law* e os da “*civil law*” a respeito, se se deve diferenciar as causas de justificação e as causas de exculpação, induziu a Conferência a adotar para o art. 31 um título neutro “circunstâncias que isentam a responsabilidade penal” (“grounds excluding criminal responsibility”). O conceito “defesa” foi evitado conscientemente por ser considerado uma “catch Word” proveniente da *common law*, com a finalidade de que as associações pouco claras para os “*civil lawyers*” ligadas a esse conceito não se converteriam em um tema de discussão que possivelmente impedisse o avanço da Conferência (AMBOS, 2008, p. 522).

Na mesma linha concorda Schabas, ao consignar que a terminologia utilizada na rubrica do Artigo 31, “Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal”, *was an attempt to address conceptual differences to the issue in national criminal justice systems*. (2007, p. 226).<sup>379</sup>

Apesar de tais registros conciliadores, não há dúvida de que as excludentes têm nítida inspiração no *Common Law*, apesar de o Estatuto não utilizar expressamente a palavra *defence* – e sim a expressão “Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal”, como já mencionado. Repita-se: não há qualquer tipo de distinção sistematizada entre as excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Essa é também a conclusão de Boiteux, ao tratar das excludentes no Estatuto, ao concluir que se trata de “modelo mais próximo da *common law*”. (2007, p. 112).

A propósito, a doutrina anglo-saxã até reconhece certa diferença entre ilicitude e culpabilidade, mas não o faz de maneira sistematizada. Greenawalt defende que essa perspectiva se deve ao fato dos julgamentos, regra geral, serem feitos por juízes leigos, que se limitam a afirmar que o réu não é culpado, sem especificar o real fundamento da absolvição. Consequentemente, a doutrina deixa de verticalizar o estudo das causas de exclusão da responsabilidade criminal. (1984, p. 1897 e 1901).

Segundo Kai Ambos, o tratamento unificado entre as causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade não deriva da ausência de reflexão sobre o tema, mas sim de uma *praxis* já consagrada no Direito Internacional Penal. (2008, p. 190).

<sup>379</sup> O Artigo 31 do Estatuto de Roma será examinado *infra*.

Por outro lado, o tratamento dado a essa temática pelo *Civil Law* se revela muito mais técnico e sistematizado. Isso porque afastar a ilicitude ou a culpabilidade de determinada conduta envolve fundamentos completamente distintos.

Na exclusão da ilicitude, há o reconhecimento pelo Direito de que a conduta é penalmente respaldada pelo ordenamento jurídico. Sendo até redundante, o fato é penalmente lícito.

Já a culpabilidade só será examinada caso se conclua que a conduta é ilícita, ou seja, contrária ao ordenamento. Então será analisada a incidência ou não de juízo de censura ou de reprovabilidade sobre o agente. Em caso negativo, estará afastada a culpabilidade, apesar de o fato ofender o Direito.<sup>380</sup>

Nesse sentido leciona Greenawalt:

*Justified action is warranted action; similar actions could properly be performed by others; such actions should not be interfered with by those capable of stopping them; and such actions may be assisted by those in a position to render aid. Is action is excused, the actor is relieved of blame by others may not properly perform similar actions; interference with such actions is appropriate; and assistance of such actions is wrongful. (1984, p. 1900).<sup>381</sup>*

De Stefani e Sperotto também tratam da diferença entre as excludentes *scriminanti* e *scusanti*, concluindo que *lo Statuto della CPI tratta le varie cause di esclusione della responsabilità penale in modo indifferenziato*. (2011, p. 203).

Sendo assim, é necessário analisar as excludentes previstas no Estatuto, especialmente no Artigo 31, para que seja possível classificá-las como causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, seguindo assim a tradição do Direito Penal continental. A propósito, até mesmo a doutrina norte-americana trata da importância dessa classificação, como expõe Greenawalt:

*Systematic distinctions between justifications and excuses might be recommended to further two objectives: (1) producing authoritative determinations of whether persons escaping liability have presented justifications or only excuses and (2) achieving theoretical clarity in the criminal law. [...] Achieving greater clarity between justification and excuse is a laudatory goal, deserving the serious attention of scholars. (1984, p. 1900 e 1927).*

<sup>380</sup> Cf. Capítulo 3, onde tais conceitos são examinados.

<sup>381</sup> No mesmo sentido: *La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica*. (ROXIN, 1997, p. 195). Cf. ainda Welzel. (1956, p. 147-148).

Para que seja então possível distinguir o lícito do ilícito – ainda que esse não seja culpável –, torna-se imprescindível um exame mais detido do Artigo 31 do Estatuto de Roma, que assim dispõe:

#### Artigo 31

##### Causas de Exclusão da Responsabilidade Criminal

1. 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.<sup>382</sup>

A primeira hipótese (item 1, *a*) envolve a existência de determinada patologia psíquica que afaste o discernimento do agente acerca do lícito/ilícito, ou então para o caso de ele não conseguir agir de acordo com esse discernimento. Aqui não se discute a antijuridicidade da conduta, mas sim a (in)imputabilidade do agente. Logo, trata-se de excludente de culpabilidade.

<sup>382</sup> Há ainda os itens 2 e 3, de menor relevância para a análise a ser feita. Dispõem tais itens: “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 parágrafo 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão desse tipo será definido no Regulamento Processual.” Com relação ao item 2, nada há que se dizer, eis que se trata de uma norma redundante: apenas prevê que o Tribunal examinará se a excludente será ou não aplicada ao caso concreto. Já o item 3 será abordado *infra*.

O mesmo pode ser dito com relação ao caso seguinte (item 1, *b*), o qual trata da intoxicação, que também afasta a imputabilidade e, consequentemente, a culpabilidade. Cabe ainda considerar que tal norma tem nítida inspiração no *Common Law*, que possui a *intoxication* como uma das situações de *defence*. Por outro lado, o que aqui se propõe é que a classificação seja feita tendo como referência o Direito Penal oriundo do sistema romano-germânico, como já justificado acima.

O item 1, *c* prevê uma causa de exclusão da ilicitude, a legítima defesa – em que pese sua confusa redação. De Stefani e Sperotto (2011, p. 203) e Kai Ambos (2008, p. 527-530) referendam esse posicionamento. É pertinente destacar a exigência expressa de proporcionalidade na reação para que fique caracterizada a excludente.

A grande discussão que envolve o Artigo 31 gira em torno da interpretação de seu item 1, *d*. Isso porque a norma é obscura quando se examina se é o caso de estado de necessidade (causa de justificação) ou de coação (excludente de culpabilidade). Acerca de tal aspecto, Ambos apresenta a seguinte explicação:

De uma perspectiva de direito comparado, o estado de necessidade (“necessity”) e o estado de necessidade por coação (“duress”) são tratados, a princípio, como duas causas diferentes de exclusão da punibilidade, se bem que isso é menos evidente no direito anglo-americano. No direito penal internacional, pelo contrário, renunciou-se tradicionalmente a uma diferenciação dessas duas causas de exclusão da punibilidade. (2008, p. 537).<sup>383</sup>

A propósito, isso reforça a ausência de distinção entre ilicitude e culpabilidade no Direito Internacional Penal. (AMBOS, 2008, p. 543).

Há uma nítida divergência de posições. De Stefani e Sperotto defendem o pressuposto de que, no caso da alínea *d*, i, trata-se de coação, que por sua vez afasta a culpabilidade. Afinal, é uma das hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa. Os autores afirmam ainda que, no caso do inciso ii, tem-se o estado de necessidade, que, por sua vez, afasta a ilicitude. (2011, p. 204 e 205).

Kai Ambos adota uma posição mista ao defender a ideia de que o Artigo 31, 1, *d*, “representa simultaneamente uma *causa de justificação e uma causa de exculpação*”. (2008, p. 574).

<sup>383</sup> Interessante o registro histórico apontado por Ambos: “A jurisprudência de Nuremberg utiliza com frequência – em razão do *common law* dos juízes e o confuso *case law* anglo-americano – o conceito de ‘necessity’, ainda que com isso aludisse, de fato, à ‘duress’”. (2008, p. 538).

Não se pode aderir à posição de Ambos. Isso porque, a partir do instante em que se propõe a classificar as hipóteses do Artigo 31 como excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, seria demasiadamente cômodo afirmar que se está diante de uma figura híbrida. Cabe ao intérprete verticalizar a análise da norma em questão para chegar à conclusão acerca da natureza da causa de exclusão da responsabilidade penal.

Sendo assim, a interpretação a ser dada ao Artigo 31, 1, *d*, envolve a consideração de seus dois incisos. No caso do inc. i, está-se diante de uma hipótese de coação. Isso porque a norma prevê que a ameaça deve “ter sido feita por outras pessoas”. Isso por si só já é suficiente para descaracterizar o estado de necessidade, que, por sua vez, exige a existência de um perigo não provocado voluntariamente por terceiro. Nessa perspectiva, no inc. i, tem-se uma causa de exclusão da culpabilidade, eis que a coação é uma das hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa.

Situação distinta ocorre no inc. ii, que exige que a ameaça tenha sido “constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade”. Aqui a coação não é provocada voluntariamente por determinada pessoa, o que afasta a ocorrência da coação (e da legítima defesa), restando como alternativa concluir pela previsão normativa do estado de necessidade – que, por sua vez, é uma causa de justificação. Assim, adere-se ao posicionamento de De Stefani e Sperotto. (2011, p. 204 e 205).

Ainda quanto ao Artigo 31, cabe assinalar que o item 3, já mencionado *supra*, abre a possibilidade de reconhecimento de outras excludentes – de antijuridicidade ou de culpabilidade. Quanto à antijuridicidade, já foi dito que ela deve ser considerada sob o prisma material, e não formal. Portanto, não importa se há previsão normativa expressa, mas sim se a conduta ofende ou não o ordenamento jurídico.<sup>384</sup> Situação semelhante ocorre no tocante à culpabilidade: já que uma de suas excludentes é a inexigibilidade de conduta diversa. Sendo assim, é possível que várias situações aí se enquadrem, e não apenas a coação e a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico.

Cabe ainda mencionar algumas outras normas que afastam a responsabilidade criminal.

---

<sup>384</sup> Cf. Capítulo 3.

A primeira delas é o Artigo 32, que trata do erro e será examinado no item seguinte.

Em seguida, tem-se o Artigo 33, que possui a seguinte redação:

#### Artigo 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.

Trata-se nitidamente de hipótese conhecida no Direito Penal continental como obediência a ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, que se enquadra como uma situação de inexigibilidade de conduta diversa, afastando assim a culpabilidade.

Por fim, tem-se o Artigo 26, que exclui da jurisdição do Tribunal Penal Internacional os menores de 18 anos. Aqui se tem outro caso de inimputabilidade, que exclui a culpabilidade.

Diante da análise acima, pode-se constatar a presença de causas de exclusão da ilicitude no Artigo 31, item 1, *c* e *d*, ii. Já as excludentes de culpabilidade estão presentes nos Artigos 26, 33 e 31, item 1, *a*, *b* e *d*, i – além de outras situações possíveis, conforme previsto no já examinado item 3 do Artigo 31.

## 5.5

### O tratamento dado ao erro no Estatuto

O estudo do erro no Direito Penal é tema dos mais complexos, o que decorre basicamente da dificuldade em transportar conceitos da teoria geral do direito (o erro de fato e o erro de direito) para o âmbito criminal. E, se há polêmica nos planos internos, o que dizer no nível internacional. (SICURELLA, 2008, p. 419-420).

Agravando ainda mais essa situação, Ambos ainda registra que “na jurisprudência penal internacional a problemática do erro desempenhou, até agora, apenas um papel secundário”. (2008, p. 500).<sup>385</sup>

Assim, resta fazer uma pequena abordagem ao estudo do erro, para que, em seguida, apresente-se o tratamento dado pelo Estatuto de Roma e, conseqüentemente, pelo Direito Internacional Penal – sempre relacionando os conceitos do *Common Law* e do *Civil Law*.

A teoria geral do direito se baseia na tradicional dicotomia entre erro de fato – escusável – e erro de direito – inescusável. No primeiro caso, o agente desconhece ou se equivoca acerca de determinada circunstância fática, o que afasta sua responsabilidade. No segundo caso, o agente desconhece a norma jurídica, o que em nada afeta sua responsabilização. É a chamada *ignorantia legis*.

No caso do Brasil, há previsão expressa acerca de erro de direito no art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, a qual prevê que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.<sup>386</sup>

Levando a questão para o Direito Penal, tem-se que, no âmbito do *Common Law*, admite-se que o erro de fato exclua a responsabilidade penal, desde que afaste a *mens rea*. Além disso, repudia o desconhecimento da lei como causa que eximiria o agente de responsabilidade penal. Seria o erro de direito, ou *mistake of law*. Por outro lado, reconhece a possibilidade de exclusão do crime quando o erro de direito possa negar a disposição mental exigida pela definição do crime. (ROCHEFORT, 2002, p. 158-160).<sup>387</sup>

Já no Direito Penal continental, houve uma grande evolução no estudo do erro. A tradicional dicotomia entre erro de fato e erro de direito, acima mencionada, já se encontra há muito superada. Optou-se pela denominação erro de tipo e erro de proibição, sendo que ambos podem ser escusáveis, desde que inevitáveis.

<sup>385</sup> No mesmo sentido Sicurella. (2008, p. 422).

<sup>386</sup> Trata-se do Decreto-Lei 4.657, de 4 setembro de 1942, que teve sua ementa alterada pela Lei 12.376, de 2010. A ementa anterior era Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, e passou a ser Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Outras leis também alteraram a redação de tal diploma no decorrer dos anos. Já a redação do art. 3º manteve-se inalterada desde 1942.

<sup>387</sup> A análise do tratamento dado ao erro de direito no *Common Law* ainda será feita com mais detalhes *infra*.

No caso do erro de tipo, o agente desconhece ou se equivoca ao imaginar determinado elemento constitutivo do tipo – o que afasta o dolo, considerando a ausência de seu elemento intelectual. (ROXIN, 1997, p. 458-459).

Roxin cita o exemplo do agente que seduz uma adolescente a qual ainda não completou dezesseis anos, mas que supôs erroneamente uma idade acima do limite de proteção. Nesse caso, ele não atuaria de forma dolosa, eis que não imaginou corretamente todos os elementos que compõem o tipo.<sup>388</sup>

Assim, só poderá haver punição no caso de previsão legal de culpa, e ainda assim se o erro for evitável.<sup>389</sup>

O erro de proibição, por sua vez, não aborda circunstâncias fáticas, mas sim o conteúdo daquilo que é proibido. O agente sabe exatamente o que faz, entretanto crê na licitude de sua conduta. Em outras palavras: não há potencial consciência da ilicitude do fato, que por sua vez é o elemento normativo da culpabilidade.

Na definição de Roxin: *Concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto no sabe que su actuación no está permitida.* (1997, p. 861). O autor cita como exemplo a situação do agente que seduz uma mulher de quinze anos sabendo sua idade, porém considera permitida sua conduta.<sup>390</sup>

Assim, sendo o erro inevitável, afasta-se a culpabilidade, portanto não há crime. Sendo evitável, pode-se considerar apenas uma redução de pena.<sup>391</sup>

Importante destacar a diferença entre ignorância da lei e erro de proibição, apesar da proximidade entre os conceitos. Quando se faz referência à ignorância da lei, trata-se da norma abstrata. Afinal, não se pode alegar que desconhece o Art. 217-A do Decreto-Lei n. 2848, de 1940 (Código Penal). Já em relação ao erro

<sup>388</sup> A referência dos dezesseis anos, mencionada por Roxin, é do Código Penal alemão. No caso brasileiro, utiliza-se como parâmetro os catorze anos, como se lê no art. 217-A do Código Penal, que assim prevê em seu *caput*: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

<sup>389</sup> O Código Penal brasileiro trata do erro de tipo em seu art. 20, *caput*, que assim dispõe: “Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”.

<sup>390</sup> Aqui se considera novamente a hipótese prevista no Código Penal alemão que, como já foi dito, parte da referência de idade de dezesseis anos, e não catorze, como ocorre no Brasil

<sup>391</sup> O Código Penal brasileiro trata do erro de proibição tipo em seu art. 21, que assim dispõe: “Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.



de proibição, considera-se a valoração do agente no caso concreto, ou seja, se ele acredita (ou não) que sua conduta seria ilícita. Nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt: “A incidência é exatamente esta: a relação que inexiste entre a lei, em abstrato, e o conhecimento que alguém possa ter de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal”. (2012, p. 494).

Enfim, tudo o que se afirma anteriormente é uma decorrência lógica do princípio da culpabilidade que, como já mencionado *supra*, consagra a responsabilidade subjetiva no âmbito criminal. Admitir que as hipóteses de erro, inclusive o de proibição, seriam todas inescusáveis significaria admitir responsabilidade objetiva no Direito Penal.

Feitos tais registros iniciais, torna-se necessário analisar como o Estatuto de Roma aborda o erro. A questão está tratada em seu Artigo 32, assim redigido:

#### Artigo 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 artigo 33 do presente Estatuto.

De início, observa-se que a norma sofre nítida influência do Direito Penal de inspiração anglo-saxã, considerando que não utiliza as expressões erro de tipo e erro de proibição, mas sim erro de fato e erro de proibição. (AMBOS, 2008, p. 501).

Outro importante aspecto também deve ser considerado: a partir do instante em que tratar do erro significa abordar o princípio da culpabilidade, torna-se necessário examinar a norma acima transcrita sempre em conjunto com o já tratado Artigo 30, que, por sua vez, aborda o elemento subjetivo do crime. (SAYAPIN, 2014, p. 296).

O item 1 do Artigo 32 trata do erro de fato e prevê a exclusão da responsabilidade criminal caso se elimine o dolo. Na verdade, o agente não imagina todos os elementos do crime, o que leva à ausência de dolo por não se caracterizar seu elemento intelectual. É como leciona Sayapin:

*a mistake of fact exists when a person subjectively and faithfully presumes the existence of a factual circumstance, which prompts him to bring about the*

*material elements of a crime, not knowing that the objective nature of the factual circumstance is different (for example, less dangerous or grave), and the individual would probably refrain from performing the conduct, if he or she knew the true nature of the factual circumstance. (SAYAPIN, 2014, p. 296).*

Nessa mesma linha, Schabas, ao consignar que o erro de fato é uma defesa não controversa, cita como exemplo o militar que recruta menor de 15 anos crendo que este possui idade superior. (2007, p. 229-230). Kai Ambos exemplifica com a situação na qual, devido à neblina, o agente acredita disparar contra um tanque inimigo, mas acaba atingindo um veículo protegido pelo Artigo 8º, 2, b, iii.<sup>392</sup> Em tais situações, está afastado o dolo.

A questão do erro de fato não apresenta maiores controvérsias, como consignou Pisani:

*La forte semplificazione della disposizione [...] si pone in linea con il convincimento espresso da alcune delegazioni della inutilità di una disciplina del mistake of fact, considerato che essa risulterebbe implicitamente da quella della mens rea. (2001, p. 1388).*

Enfim, a discussão do erro de fato recai na presença ou não do elemento intelectual do dolo no caso concreto.

Ainda que não seja o aspecto mais relevante, seria mais pertinente que o Estatuto utilizasse a expressão erro de tipo, contribuindo sobremaneira para a superação da já mencionada dicotomia – há muito tida como ultrapassada pelo Direito Penal continental, como já apontado anteriormente – entre erro de fato (escusável) e erro de direito (inescusável).

A propósito, o erro de tipo pode perfeitamente ser evitável, e portanto inescusável. Nesse caso, haveria possibilidade de punição a título de culpa, desde que haja expressa previsão legal – o que, até o momento, não é o caso do Estatuto de Roma.

<sup>392</sup> “2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados”.

Ademais, a partir do instante em que se optou por uma definição de crime no Direito Internacional Penal baseada na tradição romano-germânica<sup>393</sup>, convém que se utilize a nomenclatura correta.

No tocante ao erro de direito, previsto no item 2 do Artigo 32, a questão já se revela mais delicada, em razão de dois aspectos, que devem ser analisados conjuntamente: a complexidade envolvendo a análise da consciência da ilicitude e ainda a simplicidade com que a norma tratou do tema, colocando como regra o caráter inescusável do erro de direito mas permitindo a “exclusão da responsabilidade penal se eliminar o dolo”.

Na verdade, o que a norma estabelece é a necessidade de o agente realizar sua conduta com potencial consciência da ilicitude. Portanto, o sujeito deve ter condições de imaginar que sua ação ofende o Direito (e não a norma X, Y ou Z).

Nos dizeres de Roxin: *Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida.* (1997, p. 146).

Também Sicurella defende que segunda parte do Artigo 32, item 2, trata de *un'errata valutazione del carattere criminoso della propria condotta* (a wrongful legal evaluation). Acrescenta que se trata de um erro de direito que exclui o elemento subjetivo. (2008, p. 441).

Lamentavelmente e como afirma Pisani, o tratamento dado ao erro de direito no Estatuto de Roma se revela confuso, eis que não distingue adequadamente o desconhecimento da lei, o erro escusável e o inescusável. (2001, p. 1399). Além disso, o referido Estatuto não utiliza a expressão erro de proibição, mas sim erro de direito, que, por sua vez, tem como regra a impossibilidade de exclusão da responsabilidade penal.

Também em tom crítico registra Ambos:

apenas se reconhece a relevância do erro de fato, enquanto que o erro de direito é rechaçado remetendo-se à regra *ignorantia iuris nemi nem excusat* ou *error iuris nom nocet*. Somente o critério da antijuridicidade manifesta ou evitabilidade de erro possibilita soluções mais flexíveis. (2005, p. 501).

Por outro lado, a discussão sobre a consciência da ilicitude no Direito Internacional Penal existe desde o Tribunal de Nuremberg. Apesar do tempo

---

<sup>393</sup> Cf. Capítulo 4.

transcorrido desde então, o Artigo 32 foi omissivo quanto a esse aspecto. (PISANI, 2001, p. 1390, SICURELLA, 2008, p. 423).

Diante de uma redação tão infeliz e de um tratamento tão superficial, cabe ao intérprete determinar a leitura ideal que deve ser feita com relação ao Art. 32, item 2, do Estatuto de Roma, considerando a evolução que o tema teve no decorrer do séc. XX, especialmente no Direito Penal de inspiração romano-germânica.

Apesar de a questão envolver a análise da consciência da ilicitude como elemento da culpabilidade, tem-se que o Direito Internacional Penal não a distingue claramente do dolo como elemento do tipo. (AMBOS, 2008, p. 83). Aliando esse fato à influência do *Common Law*, chegou-se à norma em discussão – que, por sua vez, limita-se a mencionar a eliminação do dolo.

Um primeiro aspecto a ser considerado na interpretação é o seguinte: como já tratado *supra*, até o advento na teoria finalista da ação, o dolo era composto por três elementos: o intelectual (conhecer/imaginar os elementos do tipo), o volitivo (possuir a vontade de fazer aquilo que imaginou) e o normativo (agir com potencial consciência da ilicitude do ato). É o chamado *dolus malus*. Com o finalismo, passou-se a entender que há uma diferença entre dolo do fato e consciência da ilicitude. Assim, o dolo passou a ser tratado no âmbito da tipicidade e formado apenas pelos elementos intelectual e volitivo. Já o elemento normativo – potencial consciência da ilicitude – passa a ser um aspecto autônomo da culpabilidade.<sup>394</sup> Foi também mencionado que, na Itália, ainda se opta por tratar o dolo no âmbito da culpabilidade, envolvendo esses três elementos conjuntamente.<sup>395</sup>

O erro que envolve o elemento intelectual do dolo já foi tratado acima; é o erro de fato, ou melhor ainda, erro de tipo. Quanto ao elemento volitivo, não se fala em erro, mas sim em presença ou ausência de vontade.

Já aqui o erro envolve o elemento normativo, uma vez que o agente não conhece ou se equivoca acerca do caráter proibitivo da conduta por ele realizada. Assim, em respeito ao princípio da culpabilidade, a norma possui como efeito o afastamento da responsabilidade penal em razão do erro sobre o elemento

---

<sup>394</sup> Cf. Capítulo 3.

<sup>395</sup> Cf. nota 359.

normativo do crime (potencial consciência da ilicitude) – que, por sua vez, é um dos critérios de imputação delituosa. (SICURELLA, 2008, p. 446).<sup>396</sup>

Caso não se adote essa interpretação, estar-se-ia (con)fundindo o conteúdo dos itens 1 e 2 do Artigo 32, o que não se pode admitir. Não se pode olvidar da regra básica de hermenêutica, a qual pondera que não há normas inúteis, já que cada uma deve possuir seu próprio sentido.

Necessário também considerar que o item 2 menciona a exclusão do dolo. Sendo assim, a única interpretação possível é no sentido de se tratar do elemento normativo do dolo – a potencial consciência da ilicitude. Logo, não se considera a alteração promovida pela teoria finalista da ação que separou tal elemento normativo do dolo. Portanto, considera-se aqui o dolo formado pelos três elementos (intelectivo, volitivo e normativo), como é o entendimento predominante da Itália – conforme já foi citado em mais de uma oportunidade.

Portanto, o dolo a que se refere o Artigo 32, item 2, é o *dolus malus*.

Considerando o confuso e superado teor do Artigo 32 do Estatuto, especialmente no item 2, Kai Ambos propõe uma alteração em seu texto: “a única saída transitável parece consistir em um relaxamento da rígida regra da *ignorantia iuris* criticada também no *common law*”. (2008, p. 519).

Realmente seria pertinente uma alteração. Entretanto, ela não chega a ser imprescindível. Basta a compreensão de que, na verdade, está-se diante de um erro de proibição – que, assim como o erro de tipo, também é perfeitamente escusável, desde que inevitável. E, como já tratado, erro de proibição não se confunde com ignorância da lei, apesar da proximidade dos conceitos.

Cabe ainda consignar que o erro de proibição é de aplicação bastante restrita, especialmente quando se consideram os crimes internacionais. Isso porque trata-se dos casos mais ofensivos e que, conseqüentemente, possuem alta carga de ilicitude. Conseqüentemente, é delicado afirmar que o agente não teria condições de imaginar que sua conduta seria proibida. Como afirma Jair Leonardo Lopes:

Os que se apegam, quase supersticiosamente, ao velho brocardo *error juris non excusat*, alegam que a abolição nele representaria um grave perigo, pois frequente seria a alegação de desconhecimento ou equivocada interpretação da lei, e difícil

<sup>396</sup> Não se confunda elemento normativo do crime (a potencial consciência da ilicitude) com elemento normativo do tipo, que são aqueles que exigem um juízo de valor por parte do intérprete em razão do seu alto grau de imprecisão, como já abordado no item 5.2.

seria demonstrar a insinceridade da exceção do réu. Ora, é bem ver que tal causa excludente de culpabilidade só funcionaria nos casos de total rusticidade do agente, ou quando se tratasse dos crimes denominados meramente convencionais, ou então nos casos de *innovatio legis* [...]. (1999, p. 151).

A propósito, o erro de direito chegou a ser alegado no já mencionado caso Lubanga, mas obviamente tal tese defensiva acabou rechaçada. (SCHABAS, 2007, p. 230).

Enfim, a questão não é fomentar a impunidade, mas sim dar maior alcance ao princípio da culpabilidade.

Por fim, tem-se que a norma em análise menciona também o Artigo 33 do Estatuto, que trata da obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico. Aqui a questão não envolve essencialmente o erro de proibição, mas sim um equívoco quanto à ordem ser ou não legal. Portanto, hipóteses distintas.

O ponto central tratado na tese envolve a tutela, no plano internacional, dos Direitos Humanos por meio do Direito Internacional Penal e seu principal desdobramento, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

A formação dos Estados na era moderna, que tem como marco os tratados de Westfália, de 1648, baseia-se essencialmente na existência de uma ordem jurídica soberana, num território e num povo que o ocupa. Entretanto, nesse contexto, ganhou força a ideia de nação, ligada à identidade nacional.

Em que pese a contundência da soberania e da concepção de nação, esse aspecto não foi suficiente para inviabilizar o processo, relativamente recente, de globalização, que consiste no aumento da interação entre os países envolvendo questões econômicas, sociais, culturais, políticas, jurídicas e tecnológicas – ressaltando seu caráter prioritariamente econômico, decorrente de uma imposição neoliberal de expansão dos mercados.

Entretanto e como foi apontado, a globalização também envolve outros aspectos, dentre eles o jurídico, o que pode ser denominado mundialização do Direito. O processo de internacionalização dos Direitos Humanos e a criação do Tribunal Penal Internacional demonstram esse processo.

O ponto de maior destaque é a concepção de que o processo de mundialização do Direito possa contribuir para a internacionalização na defesa dos Direitos Humanos, ainda que por intermédio da intervenção penal, mas sem que se considere a história hegemônica dos vencedores. É por isso que o foco do universalismo deve estar direcionado aos valores afetados das vítimas relativamente à dignidade do ser humano – sem que com isso se esteja defendendo um dualismo pleno entre relativismo e universalismo.

A ideia de um Tribunal Penal Internacional não é recente, e há antecedentes históricos desde o séc. XV. Entretanto, o grande marco é o fim da II Guerra Mundial e a consequente criação dos Tribunais Militares de Tóquio e, principalmente, de Nuremberg. Entretanto, ainda foram necessários mais

cinquenta anos após Nuremberg para que se recuperasse a justiça penal internacional criando-se uma Corte Criminal permanente.

Outra referência a ser especialmente considerada é a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, tida como marco fundador do regime internacional de Direitos Humanos – embora não tivesse força vinculante imediata.

Com a nova ordem mundial pós-Guerra Fria, abre-se espaço para dois tribunais *ad hoc* – Iugoslávia e Ruanda – e ainda para a elaboração do Projeto de Estatuto do Tribunal Penal Internacional, tudo na década de 1990.

Finalmente, em 1998, é criado o Tribunal Penal Internacional na Conferência de Roma, sendo que sua constituição está inserida num processo de consolidação da justiça transicional, quando ocorre sua internacionalização, também na última década do século passado.

Ainda não há espaço para que se renuncie à aplicação da justiça penal no plano internacional. Pelo contrário: vive-se uma fase em que a intervenção penal se torna imprescindível em busca da efetivação dos Direitos Humanos no plano internacional – até mesmo porque o processo de internacionalização dos Direitos Humanos não gerou uma consolidação efetiva até o momento.

A construção do Direito Internacional Penal, intimamente ligado ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos, faz com que seja necessário reestruturar a relação até então essencial existente entre Direito Penal e soberania. Assim como o incremento do Direito Internacional relativiza a soberania, o mesmo processo ocorre com o Direito Internacional Penal – sem que, com isso, esteja se negando a existência de estados soberanos. Entretanto, a legitimação na intervenção penal não pode ser mais baseada na soberania estatal, mas sim na proteção dos Direitos Humanos. Assim, o indivíduo deixa de ser considerado objeto e passa a ocupar a posição de beneficiário e sujeito de direito no âmbito do Direito Internacional – e do Direito Internacional Penal –, dentro do processo de internacionalização dos Direitos Humanos.

Há ainda que se considerar o viés político na criação e efetivação do Tribunal Penal Internacional. Desde a Conferência de Roma, antes mesmo da aprovação do Estatuto, já se vislumbravam as dificuldades inerentes a um acordo que envolvia grandes inovações institucionais. É pertinente destacar o papel dos Estados Unidos na Conferência, os quais tentaram implementar grandes



restrições no texto a ser votado. Esse comportamento demonstra a nítida resistência desse país no tocante à criação da Corte.

Apesar do mérito na criação do Tribunal, há previsão no Estatuto para que o Conselho de Segurança possa suspender o andamento do procedimento, ainda que com uma limitação temporal. Trata-se de uma nítida limitação ao exercício da jurisdição, que não tardou em ser utilizada, fruto direto de uma reação norte-americana – que também tomou outras medidas visando a depreciação da importância do Tribunal.

Registre-se ainda que a criação do Tribunal Penal Internacional se insere como uma tentativa de naturezas política e jurídica para o incremento do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. Em outras palavras, trata-se de uma medida que busca a superação do estado de exceção permanente – ainda que não seja possível inferir, atualmente, qual a sua real eficácia. Torna-se necessário ressaltar que os autores (Benjamim, Adorno, Agambem), embora concluam que o estado de exceção seja permanente, ainda assim apresentam perspectivas para o futuro, visando à ruptura com a história de opressão.

Ademais, deve-se ter a percepção de que os Direitos Humanos possuem notadamente um viés político. Portanto, podem eventualmente servir para legitimar qualquer discurso. Apesar de não ter uma definição consensual, a perspectiva política dos Direitos Humanos deve ter como foco o combate aos excessos estatais. É necessário fazer com que o conteúdo político dos Direitos Humanos tenha como meta a superação do estado de exceção permanente, em prol dos menos favorecidos – e, conseqüentemente, mais vulneráveis às violações. O que não se pode admitir é a posição do Estado no papel de vítima, e não de agente opressor – como, aliás, tem ocorrido. Isso porque as mais graves violações a tais direitos partiram – e continuam partindo – do próprio Estado. É nesse contexto, portanto, que a democracia deve ter papel de destaque, vez que somente assim o cidadão será considerado um efetivo sujeito de direitos, e não mero objeto do arbítrio do Estado.

Levando a questão para o âmbito penal, tem-se que a definição de crime para o Direito Internacional Penal depende do conceito preconizado no âmbito do direito interno, tanto com base no *Civil Law* como no *Common Law*. E o conceito que deve ser considerado é o analítico, eis que somente esse tem condição de

analisar o caso concreto de forma correta e isonômica, sistematizando o estudo da teoria do delito.

Para o Direito Penal continental, o crime, segundo sua definição analítica, consiste numa conduta humana típica, ilícita e culpável. Portanto, é formado pelos elementos tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Já a *Common Law* estabelece como elementos do crime o *actus reus* (aspecto objetivo da conduta), a *mens rea* (aspecto subjetivo) e ainda a inexistência de *defences*.

Nesse sentido, o crime não pode ser concebido como um fenômeno estritamente dogmático. Entretanto, não se pode ignorar a dogmática na definição do que vem a ser delito, sob pena de não se atingir um mínimo de isonomia quando da análise dos casos concretos.

É pertinente ressaltar que o objeto desse estudo não é o Direito Penal Internacional, mas sim o Direito Internacional Penal. Este estuda os crimes internacionais, vinculado ao Direito Internacional Público e à proteção internacional dos Direitos Humanos. Aquele é ramo do Direito interno e trata da cooperação dos estados no combate ao crime, tendo como principal exemplo o regramento da extradição por cada país.

Considerando o caráter ainda embrionário do Direito Internacional Penal, há ainda dificuldade em se estabelecer critérios de interpretação a ele relacionados. Apesar da grande influência do Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (principal referência em matéria de interpretação para o Direito Internacional Público), o Direito Penal tem suas peculiaridades. Assim, fez bem a Conferência de Roma ao prever no Artigo 21 do Estatuto as fontes a serem aplicadas pelo Tribunal Penal Internacional.

Ainda em termos de interpretação, é o caso de se destacar o fato de que o próprio Estatuto exige que a aplicação e interpretação do direito – numa nítida alusão ao Direito Internacional Penal – deve ser compatível com os Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos, vedando a discriminação de gênero, idade, raça, cor, religião ou credo, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, situação econômica e nascimento (sendo tal rol meramente exemplificativo). Ademais, deve ser considerada a percepção dos Direitos Humanos ao tempo da interpretação, e não ao tempo da elaboração do Tratado ou do cometimento do crime, para que seja possível incorporar as evoluções em seu alcance.

A criação do Estatuto de Roma teve influência destacada do *Common Law* – o que, aliás, é histórico com relação ao Direito Internacional Penal. Assim, tradicionalmente é apresentada uma definição de crime oriunda da tradição anglo-saxã, ou seja, presença de *actus reus* e *mens rea* e ausência de *defence*. Entretanto, não há uma verticalização sistemática no estudo do crime como ocorre na tradição romano-germânica, razão pela qual se propõe como conceito de crime para o Direito Internacional Penal uma conduta humana típica, ilícita e culpável.

Por sua vez, os bens jurídico-penais são os valores protegidos pelo Direito Penal. Tal ramo do Direito protege apenas os valores mais relevantes para a vida em sociedade, sendo os demais casos tratados pelas outras disciplinas jurídicas. Acrescente-se ainda que a eventual deficiência nessa proteção decorre principalmente do sistema penal – conjunto de agências encarregadas da aplicação das normas penais –, e não do Direito Penal propriamente dito, cuja culpa deve ser considerada como secundária.

Já que o Direito Penal interno só intervém nos casos mais drásticos, o Direito Internacional Penal é ainda mais restrito, pois só atuará no caso de ineficiência do Direito interno – o chamado princípio da complementariedade. Ademais, sua atuação somente deve ocorrer quando houver efetiva lesão a valores internacionalmente aceitos na tutela dos Direitos Humanos. Nesse contexto, ganha destaque a justiça das vítimas (RUIZ, 2012).

O caráter ainda rudimentar do Direito Internacional Penal é percebido pela ausência de sistematização no estudo de suas normas de caráter geral. É possível afirmar que, ao contrário dos Direitos internos, não se vislumbra a existência de uma Parte Geral. Já os crimes em espécie – a chamada Parte Especial – apresentam grande desenvolvimento, em razão dos julgamentos realizados pelos Tribunais Internacionais instaurados no decorrer no séc. XX.

Até mesmo a grande referência do Direito Internacional Penal – o Estatuto de Roma – não tratou de forma profunda os institutos gerais, destinando apenas onze artigos à teoria do crime. Portanto, cabe especialmente à doutrina desenvolver a interpretação dessas poucas normas do Estatuto, para que, um dia, consiga se alcançar uma verdadeira Parte Geral do Direito Internacional Penal.

O princípio da legalidade é basilar em matéria penal e é tratado nos Artigos 22 e 23 do Estatuto de Roma – o que demonstra a relevância dada ao tema pelo Direito Internacional Penal. Por outro lado, há grandes deficiências no

tratamento dado ao referido princípio. A definição imprecisa e vaga de algumas normas incriminadoras (o que ofende a taxatividade, corolário da legalidade); a lacuna na redação primária do Estatuto ao não descrever o crime de agressão; e a demasiada abertura dada pelo Estatuto com relação à aplicação da pena são alguns exemplos que merecem ser mencionados. Enfim, a evolução do Direito Internacional Penal exige que o princípio da legalidade passe a ser tratado com a devida relevância diante dos crimes internacionais.

O Estatuto de Roma prevê um aspecto inovador, qual seja, um texto normativo, hierarquicamente inferior ao Estatuto, destinado a auxiliar a interpretação e aplicação dos crimes em espécie. Trata-se dos Elementos Constitutivos do Crime.

Sem ignorar a importância dos Elementos, percebe-se uma considerável redundância entre o disposto no Estatuto e as normas constantes dos Elementos. Este dever-se-ia destinar apenas a esclarecer algumas normas mais dúbias, como ocorre nos casos denominados interpretação autêntica ou legislativa no âmbito dos direitos internos.

Há ainda uma questão mais grave: em razão da hierarquia, os Elementos não podem contrariar o Estatuto. Entretanto, percebe-se a existência de contrariedade quanto ao item 4 da Introdução Geral dos Elementos, que dispensa o agente de realizar juízos de valor sobre elementos normativos do tipo, enquanto o Artigo 30 do Estatuto exige conhecimento e vontade acerca dos elementos. Assim, não há como dispensar o juízo de valor.

Quanto ao elemento subjetivo dos crimes, o primeiro aspecto a ser considerado é o repúdio à responsabilidade objetiva. É o que o Direito Penal continental trata como princípio da culpabilidade. Já o Direito anglo-saxão trata como *mens rea*.

O Estatuto de Roma regulamenta a questão especialmente no Artigo 30. A regra básica, prevista no item 1 dessa norma, é que o elemento subjetivo do crime exige a vontade de cometê-lo e o conhecimento de seus elementos. A referência a ser considerada, que se baseia no Direito Penal de inspiração romano-germânico, é o dolo, ainda que eventual. Caso se adote o Direito Penal anglo-saxão, é a *intent*.

Entretanto, o item 2, *b* da referida norma relativiza o patamar de exigência quanto ao elemento subjetivo do crime. Ao prever a atuação intencional do

indivíduo que, no tocante ao resultado danoso, se propuser a causá-lo ou está ciente de que ele ocorrerá numa ordem normal dos acontecimentos, basta a caracterização do *recklessness*, oriundo do Direito Penal anglo-saxão, o qual se baseia essencialmente na temeridade. Trata-se de uma figura intermediária entre o dolo eventual e a culpa consciente quando comparado ao Direito Penal Continental, portanto há uma redução quanto à exigência de natureza subjetiva. Nesse sentido, pode-se concluir que o Estatuto de Roma tem como parâmetro mínimo o *recklessness*.

O Direito Internacional Penal, cuja referência central é o Estatuto de Roma, não admite a culpa do Direito Continental, ou a *negligence* do Direito anglo-saxão. Além de não existirem normas que evidenciem a possibilidade de punição nesses casos, também deve ser considerado o princípio da subsidiariedade, ou seja, o Direito Internacional Penal é a *ultima ratio* da intervenção e sua aplicação, inclusive, depende de que seja frustrada a intervenção do Direito interno – o chamado princípio da complementariedade.

Com relação às causas de exclusão da responsabilidade criminal, o Estatuto não faz distinção entre as hipóteses que afastam a ilicitude daquelas que eliminam a culpabilidade. Todas são tratadas conjuntamente, o que corrobora a influência exercida pelo *Common Law*.

Por outro lado, o tratamento dado a essa temática pelo *Civil Law* se revela muito mais técnico e sistematizado. Isso porque afastar a ilicitude ou a culpabilidade de determinada conduta envolve fundamentos completamente distintos. Na exclusão da ilicitude, há o reconhecimento pelo Direito de que a conduta é penalmente respaldada pelo ordenamento jurídico. Já a culpabilidade só será examinada caso se conclua que a conduta é ilícita, ou seja, contrária ao ordenamento. Nesse caso, será analisada a incidência ou não de um juízo de censura sobre o agente.

Assim, adotando-se a classificação do Direito Penal Continental, há previsão de excludentes de ilicitude no Artigo 31, item 1, *c* e *d*, ii (legítima defesa e estado de necessidade, respectivamente). As excludentes de culpabilidade estão presentes nos Artigos 26, 33 e 31, item 1, *a*, *b* e *d*, i (menor de 18 anos, obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, patologia psíquica, intoxicação e coação, respectivamente). Também é possível a aplicação de outras excludentes não tratadas expressamente no Estatuto (item 3 do Artigo 31).

O Direito Internacional Penal ainda se baseia na dicotomia entre erro de fato (escusável) e erro de direito (inescusável), há muito superada pelo Direito Penal Continental. Trata-se de mais uma influência nítida do *Common Law*, facilmente percebida no Artigo 32 do Estatuto de Roma, que trata do tema.

Quanto ao erro de fato, há previsão de exclusão da responsabilidade criminal caso se elimine o dolo. Isso porque o sujeito ativo não imagina todos os elementos do crime, o que leva à ausência de dolo por não se caracterizar seu elemento intelectual.

Quanto ao erro de direito, a regra básica está em seu caráter inescusável. Entretanto, a norma prevê a possibilidade de exclusão do dolo caso o agente não tenha condições de presumir que sua conduta ofende o Direito. Portanto, exige-se que o agente, ao realizar a ação, possua ao menos potencial consciência da ilicitude.

Considerando que o Estatuto de Roma também fala em exclusão de dolo no erro de direito, a única interpretação possível é no sentido de se tratar do elemento normativo do dolo – a potencial consciência da ilicitude. Logo, não se considera a alteração promovida pela teoria finalista da ação que separou tal elemento normativo dos demais elementos do dolo. Sendo assim, considera-se aqui o dolo formado pelos três elementos (intelectivo, volitivo e normativo), como é o entendimento predominante na Itália. Trata-se do chamado *dolus malus*.

## Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer III: Lo que Queda de Auschwitz, El archivo e el testigo**. Valencia: Pretextos, 2000.

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. **Crime and culpability (A theory of Criminal Law)**. Cambridge: Cambridge, 2009.

ÁLVAREZ, Javier Chinchón. **Veinte años de Justicia Penal Internacional: del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia a la Corte Penal Internacional y ¿más allá?** In.: LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, J. (coord.): *QUAESTIO IURIS*. Miscelánea jurídica con motivo del XX aniversario de la Universidad Alfonso X el Sabio, BDS Librería editorial, Madrid, 2015.

AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMBOS, Kai. **Da “Teoria do Delito” de Beling ao conceito de delito no Direito Penal Internacional**. In.: RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coord.). *Direito Penal na Atualidade. Estudos em Homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMBOS, Kai. **Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma**. In.: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Orgs). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AMBOS, Kai. **Pena sem soberano? *Ius puniendi* e função do direito penal internacional: dois estudos para uma teoria coerente do direito penal internacional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

AMBOS, Kai. **Processando Crimes Internacionais em Níveis Nacional e Internacional: *Justiça X Realpolitik***. In.: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AMBOS, Kai. **The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues**. In.: *International Criminal Law Review*, n. 12, 2012, p. 115–153.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Prefácio**. In.: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Orgs). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos na ordem mundial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém (Um relato sobre a banalidade do mal)**. São Paulo: Companhia da Letras, 1999.

ASÚA, Luiz Jimenéz de. **Derecho penal soviético**. Buenos Aires: Argentina, 1947.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Revan: Rio de Janeiro, 2001.

BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo; PIRES, Thula Rafaela. **A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**. In.: Revista Jurídica, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 01-44, abr./maio, 2008.

BELLAVISTA, Girolamo. **L'interpretazione della Legge Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1975.

BENJAMIM, WALTER. **Obras Escolhidas. Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOITEUX, Luciana. **Os princípios Penais do Estatuto Tribunal Penal Internacional à Luz do Direito Brasileiro**. In. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). **Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Código Civil. Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em 10/06/2015.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em 08/06/2015.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 30/06/2015.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei N. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em 16/11/2016.

BRASIL, STF. HC 118853, Rel. Min. Luiz Fux. DJ 19.05.2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5892799>. Acesso em 01/06/2016.

BRASIL, STJ. REsp 1.517/PR. Rel. Min. José Candido de Carvalho Filho. DJ 15.04.1991. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=198900121600&dt\\_publicacao=15-04-1991&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900121600&dt_publicacao=15-04-1991&cod_tipo_documento=). Acesso em 10/06/2015.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal (Parte geral)**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAIANIELLO, Michele; FRONZA, Emanuela. **Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale**. In.: *Indice Penale*. Padova: Cedam, 2002, p. 307-334.

CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua Incorporação no Direito Interno**. In.: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASSESE, Antonio. **A influência da CEDH sobre a atividade dos Tribunais Penais Internacionais**. In.: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Barueri: Manole, 2004a.

CASSESE, Antonio. **De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional.** In.: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005a.

CASSESE, Antonio. **Existe um conflito insuperável entre a soberania dos Estados e a justiça penal internacional?** In.: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Barueri: Manole, 2004b.

CASSESE, Antonio. **Lineamenti di diritto Internazionale penale. I. Diritto sostanziale.** Bologna: Mulino, 2005b.

CHARNEY, Jonathan I. **Progress in International Criminal Law?** In.: The American Journal of International Law, Vol. 93, No. 2 (Apr., 1999), pp. 452-464.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. **Veinte años de Justicia Penal Internacional: del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia a la Corte Penal Internacional y ¿más allá?.** In.: LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, J. (coord.). QUAESTIO IURIS. Quaestio iuris: miscelánea jurídica con motivo del XX aniversario de la Universidad Alfonso X el Sabio. Madrid: BDS, Madrid, 2015, p. 115-134.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **O Brasil e o Tribunal Penal Internacional: Abordagem Inicial à Proposta de Adaptação da Legislação Brasileira.** In.: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Posfácio. Uma possível abordagem brasileira da mundialização.** In: DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um Direito Mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **A culpabilidade no Direito Internacional Penal.** Revista CEJ, n. 51, v. 14, 2010, p. 51-65.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAHAL, Robert. **Sobre a democracia.** Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE STEFANI, Paolo; SPEROTTO, Frederico. **Introduzione al Diritto Internazionale Umanitario e Penale**. Padova: Università degli Studi di Padova, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A influência do direito comparado sobre a atividade dos Tribunais Penais Internacionais**. In.: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Barueri: Manole, 2004a.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?** In.: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Barueri: Manole, 2004b.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DELUCHEY, Jean François Y. **Os Direitos Humanos entre Polícia e Política**. In.: Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, V. 08, N. 1, 2017, p. 196-228.

DONAT-CATTIN, David. **Corte Penale Internazionale e Stati Uniti d'America: problemi e prospettive**. Revista brasileira de ciência criminais. N. 53. 2005.

DÖRMANN, Knut. **Crímenes de Guerra en los “Elementos de los Crímenes”**. In.: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que é crime**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

DORNELLES, João Ricardo W.; PALOP, María Eugenia Rodríguez. **O estatuto moral da vítima. Superando a justiça procedimental e a necessidade de uma perspectiva ética da Justiça**. In ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GÓMEZ, José Maria (orgs.). Direitos Humanos: justiça, verdade e memória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal. Parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESER, Albin. **Responsabilidade Penal Individual**. In.: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ESPARZA, Amaia. **Utopia y pragmatismo. El arbitrario ejercicio de la justicia internacional**. Editorial Amaia Esparza, 2012.

ESTELLITA, Heloísa; TOSI, Mariana Tumbiolo. **Responsabilidade individual pelo Artigo 25(3)(D) do Estatuto de Roma**. In.: Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. N. 8, jul./dez. 2012. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. **Sobre o que basear filosoficamente um universalismo jurídico**. In.: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Barueri: Manole, 2004.

FERRO, Ana Luíza Almeida. **O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLETCHER, George P. **Basic concepts of Criminal Law**. New York: Oxford, 1998.

FLETCHER, George P. **Rethinking Criminal Law**. New York: Oxford, 2000.

FRULLI, Micaela. **O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais**. In.: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Barueri: Manole, 2004.

GEIGER, Hansjörg. **O Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo Código Penal Internacional Alemão**. In.: SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da Silva (Org.). Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal alemão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

GIL, Alicia Gil. **Los Crímenes Contra La Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la Luz de “Los Elementos de los Crímenes”**. In.: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GÓMEZ, José Maria. **As ambivalências da globalização dos direitos humanos. Gênese, avanços, retrocessos**. In.: NASSER, Reginaldo Mattar (org.). Os conflitos internacionais em múltiplas dimensões. São Paulo: UNESP, 2009.

GÓMEZ, José Maria. **Justiça transicional, humanitarismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria**. In ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GÓMEZ, José Maria (orgs.). Direitos Humanos: justiça, verdade e memória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GREENAWALT, Kent. **The Perplexing Borders of Justification and Excuse**. *Columbia Law Review*, Vol. 84, No. 8. (Dec., 1984), pp. 1897-1927.

GUERRERO, Hermes Vilchez. **Do excesso na legítima defesa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

JESUS, Damásio. **Direito Penal. Parte Geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. I.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lamparina, 2014.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

HIRSCH, Hans Joaquim. **Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale**. In DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Studi in onore di Giorgio. Milano: Giuffrè, 2006, t. I.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Elementos de los Crímenes**. Disponível em [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf). Acesso em 15/09/2016.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Esp.pdf>. Acesso em 15/09/2016.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado.** Buenos Aires: Júlío César Faira, 2005.

KAUL, Hans-Peter. **A Corte Internacional Criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos.** In.: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Orgs). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KIRSCH, Philipe; ROBINSON, Darryl. **A construção do Acordo na Conferência de Roma.** In.: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KIRSCH, Philipe; OOSTERVELD, Valerie. **A Comissão Preparatória pós-Conferência de Roma.** In.: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KIRSCH, Philipe. **A Corte Penal Internacional perante a soberania dos Estados.** In.: CASSESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Barueri: Manole, 2004.

KREB, Claus. **O Tribunal Penal Internacional e os Estados Unidos: reflexões sobre a Resolução 1422 do Conselho de Segurança das Nações Unidas.** In.: SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da Silva (Org.). Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal alemão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. **O Tribunal Pena Internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal. Parte geral.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Luciano Santos. **Injusto penal. A relação entre o tipo e a ilicitude.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Bases para uma construção do conceito de bem jurídico no direito penal internacional – A importância do Estatuto de Roma.** In.: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Orgs). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos. Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOWY, MICHAEL. **Walter Benjamin: aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”.** São Paulo: Boitempo, 2005.

LUIZI, Luiz. **Direitos humanos – repercussões penais.** In.: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Orgs.). Teoria geral dos direitos humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. I.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional (Aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementariedade).** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale (Parte generale).** 6. ed. Padova: Cedam, 2009.

MANTOVANI, Ferrando. **Sui principi generali del diritto Internazionale penale.** In.: Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano: Giuffrè, 2003, p. 40-54.

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. **Diritto penale (Parte generale).** Milão: Giuffrè, 2002.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista.** São Paulo: Boitempo, 1988.

MATE, Reyes. **La herencia del olvido. Ensayos en torno a la razón compasiva.** Madrid: Errata Naturae, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito penal e direito internacional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

MENDES NETO, José Ignacio Coelho. **Modelo de Cooperação entre estados interagentes: O Tribunal Penal Internacional Como Emergência de Um Primeiro Regime de Direito Internacional Penal.** 2005. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2005.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. **Crítica à posição do STF sobre o princípio da insignificância.** In.: CARVALHO, Alexandre Victor de; GOMES, Duarte Bernado (Orgs.). Ciências Criminais: estudos em homenagem ao Professor Guilherme José Ferreira da Silva. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. **Lei penal em branco**. Tese (Doutorado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOCCIA, Sergio. **Lo Statuto della Corte Penale Internazionale: i profili della legalità**. In DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Studi in onore di Giorgio Marinucci. Milano: Giuffré, 2006, v. 1, p. 487-513.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Direitos Humanos, Estado e Globalização**. In.: Direitos Humanos e Globalização. Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica. RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (orgs.). 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Direitos humanos “globais (universais) de todos, em todos os lugares!** In.: PIOVESAN, Flávia (Org.). Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo tardio**. In.: NOBRE, Marcos (Org.). Curso livre de teoria crítica. Campinas, Papirus, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agência e estado**. Teoria com intenção comparativa. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em 14/06/2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em 28/06/2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Criminal Court**. Disponível em <http://www.un.org/icc>. Acesso em 01/10/2015.

PALAZZO, Francesco. **Corso di diritto penale. Parte generale**. 5. ed. Torino: G. Giappichelli, 2013.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovi. **A teoria geral do direito e o marxismo**. São Paulo: Renovar, 1989.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social**



**dos não reconhecidos.** Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

PISANI, Nicola. **L'elemento psicologico del crimine internazionale nella parte generale dello Statuto della Corte Internazionale Penale.** In.: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 1370-1392.

POUND, Roscoe. **The Future of the Criminal Law.** *Columbia Law Review*, Vol. 21, No. 1. (Jan., 1921), pp. 1-16.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro (Parte geral).** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. I.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, globalização e democracia.** In: *DEP: Diplomacia, Estratégia e Política/Projeto Raúl Prebisch*. N. 6 (abril/junho 2007). Brasília : Projeto Raúl Prebisch, 2007.

QUINTANA, Fernando. **La ONU y la exégesis de los derechos humanos (una discusión teórica de la noción).** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris/UNIGRANRIO, 1999.

RAIZMAN, Daniel Andrés. **O Direito Penal Internacional. A necessidade de uma limitação discursiva.** In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira.** In.: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Orgs). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REISS, MICHEL WENCLAND. **Da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua expansão do direito penal brasileiro: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos crimes ambientais e o projeto do novo Código Penal.** In: CARVALHO, Alexandre Victor de; GOMES, Duarte Bernado.. (Org.). *Ciências criminais: Estudos em homenagem ao Professor Guilherme José Ferreira da Silva*. 1ed.Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 267-277.

REISS, Michel Wencland. **Do Estado de Exceção Permanente.** In: CARVALHO, Newton Teixeira; REIS, Émilien Vilas Boas. (Org.). *Cidade, Eventos Esportivos e Estado de Exceção*. 1ed.Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 35-61.

REISS, Michel Wencland. **Sobre o consentimento do sujeito passivo.** Dissertação (Mestrado em Ciências Penais). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

RENAN, Ernest. **O que é uma nação?** Conferência realizada na Sorbonne, em 11 de março de 1882. Revista Aulas. Campinas: Unicamp, v. I, n. 1, s.d., pp. 1-21.

ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del derecho penal.** 2. ed. Bogotá: Temis, 1982.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. **La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”.** Granada: Comares, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal (Parte general – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito).** Madri: Civitas, 1997, t. I.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. **Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal.** Revista brasileira de ciência criminais. N. 82. 2010.

RUIZ, Castor Bartolomé. **Justiça anamnética e alteridade ferida, por uma justiça das vítimas.** In ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GÓMEZ, José Maria (orgs.). Direitos Humanos: justiça, verdade e memória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMF, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant.** Seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

**Samuel Moyn entrevistado por André Rangel Rios.** Rio de Janeiro: UERJ, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos na zona de contato entre globalizações rivais.** In.: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria

(Orgs.). Teoria geral dos direitos humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. I.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SAYAPIN, Sergey. **The Crime of Aggression in International Criminal Law. Historical Development, Comparative Analyses and Present State**. Hague: Springer, 2014.

SCHABAS, William A. **An introduction to the International Criminal Court**. 3. ed. Cambridge: Cambridge, 2007.

SCHABAS, William A. **Princípios gerais de direito penal**. In.: In.: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (Orgs). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SICURELLA, Rosaria. **Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internacinale**. Milano: Dott. A Giuffrè, 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIKKINK, Kathryn. **The justice cascade: how human rights prosecution are changing world politics**. New York – London: W. W. Norton & Company, 2011.

SILVA, Alexandre Pereira da. **Direito Internacional Penal (Direito Penal Internacional?): Breve Ensaio Sobre a Relevância e Transnacionalidade da Disciplina**. In.: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 62, pp. 53-83, jan-jun 2013.

SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da Silva. **O Tribunal Penal Internacional: antecedentes históricos e o novo Código Penal Internacional Alemão**. In.: SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da Silva (Org.). Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal alemão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos : sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal**. Revista brasileira de ciência criminais. N. 53. 2005.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. **Teorias do Estado. Novos paradigmas em face da globalização**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

VEROFF, Julie. **Reconciling the crime of aggression and complementarity: unaddressed tensions and a way forward**. In.: The Yale Law Journal. v. 125, n. 3, 2016, p. 730-772.

WEED, Matthew C. **International Criminal Court and the Rome Statute: 2010 Review Conference**. Washington: Congressional Research Service, 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho penal. Parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro. Teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. II, t. I.

ZAMORA, José A. **Th. W. Adorno. Pensar contra a barbárie**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2008.

ZAMORA, José A. **Tiempo, memoria e interrupción revolucionaria: sobre la actualidad de W. Benjamin**. In ASSY, Bethania; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GÓMEZ, José Maria (orgs.). **Direitos Humanos: justiça, verdade e memória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

## Anexo



**Cour  
Pénale  
Internationale**

**International  
Criminal  
Court**

# **Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**

PUC-Rio - Certificação Digital Nº 1311763/CA

# Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional



El texto del Estatuto de Roma que se reproduce se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Las enmiendas al artículo 8 reproducen el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010 Treaties-6, en tanto que las enmiendas a los artículos 8 *bis*, 15 *bis* y 15 *ter* reflejan el texto contenido en la notificación del depositario C.N.651.2010 Treaties-8; ambas notificaciones del depositario tienen la fecha 29 de noviembre de 2010. Este índice no constituye parte del texto del Estatuto de Roma adoptado por la Conferencia Dipomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional el 17 de julio de 1998. Ha sido incluido en esta publicación como referencia.

Hecho en Roma el 17 de julio de 1998; entró en vigencia el primero de julio de 2002; United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544; Depositario: Secretario General de las Naciones Unidas, <http://treaties.un.org>.

**Publicación de la Corte Penal Internacional**  
**ISBN No. 92-9227-242-x**  
**ICC-PIDS-LT-01-002/11\_Spa**

© Corte Penal Internacional 2011  
Reservados todos los derechos

Diseño: Corps ontwerpers

Corte Penal Internacional | Po Box 19519 | 2500 CM | La Haya | Países Bajos | [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int)



## Índice

<b>PREÁMBULO</b>		1
<b>PARTE I. DEL ESTABLECIMIENTO DE LA CORTE</b>		2
Artículo 1	La Corte	2
Artículo 2	Relación de la Corte con las Naciones Unidas	2
Artículo 3	Sede de la Corte	2
Artículo 4	Condición jurídica y atribuciones de la Corte	2
<b>PARTE II. DE LA COMPETENCIA, LA ADMISIBILIDAD Y EL DERECHO APLICABLE</b>		3
Artículo 5	Crímenes de la competencia de la Corte	3
Artículo 6	Genocidio	3
Artículo 7	Crímenes de lesa humanidad	3
Artículo 8	Crímenes de guerra	4
Artículo 8 <i>bis</i>	Crimen de agresión	7
Artículo 9	Elementos de los crímenes	8
Artículo 10		8
Artículo 11	Competencia temporal	8
Artículo 12	Condiciones previas para el ejercicio de la competencia	8
Artículo 13	Ejercicio de la competencia	9
Artículo 14	Remisión de una situación por un Estado Parte	9
Artículo 15	El Fiscal	9
Artículo 15 <i>bis</i>	Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por un Estado, <i>proprio motu</i> )	10
Artículo 15 <i>ter</i>	Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad)	10
Artículo 16	Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento	11
Artículo 17	Cuestiones de admisibilidad	11
Artículo 18	Decisiones preliminares relativas a la admisibilidad	11
Artículo 19	Impugnación de la competencia de la Corte de la admisibilidad de la causa	12
Artículo 20	Cosa juzgada	13
Artículo 21	Derecho aplicable	13
<b>PARTE III. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL</b>		14
Artículo 22	<i>Nullum crimen sine lege</i>	14
Artículo 23	<i>Nulla poena sine lege</i>	14
Artículo 24	Irretroactividad <i>ratione personae</i>	14
Artículo 25	Responsabilidad penal individual	14
Artículo 26	Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte	15
Artículo 27	Improcedencia del cargo oficial	15
Artículo 28	Responsabilidad de los jefes y otros superiores	15
Artículo 29	Imprescriptibilidad	15
Artículo 30	Elemento de intencionalidad	15
Artículo 31	Circunstancias eximentes de responsabilidad penal	16
Artículo 32	Error de hecho o error de derecho	16
Artículo 33	Órdenes superiores y disposiciones legales	16
<b>PARTE IV. DE LA COMPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA CORTE</b>		17
Artículo 34	Órganos de la Corte	17
Artículo 35	Desempeño del cargo de magistrado	17
Artículo 36	Condiciones que han de reunir los magistrados, candidaturas y elección de los magistrados	17
Artículo 37	Vacantes	19
Artículo 38	Presidencia	19
Artículo 39	Las Salas	19
Artículo 40	Independencia de los magistrados	20

Artículo 41	Dispensa y recusación de los magistrados	20
Artículo 42	La Fiscalía	20
Artículo 43	La Secretaría	21
Artículo 44	El personal	22
Artículo 45	Promesa solemne	22
Artículo 46	Separación del cargo	22
Artículo 47	Medidas disciplinarias	22
Artículo 48	Privilegios e inmunidades	23
Artículo 49	Sueldos, estipendios y dietas	23
Artículo 50	Idiomas oficiales y de trabajo	23
Artículo 51	Reglas de Procedimiento y Prueba	23
Artículo 52	Reglamento de la Corte	24

## **PARTE V. DE LA INVESTIGACIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO** 25

Artículo 53	Inicio de una investigación	25
Artículo 54	Funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones	25
Artículo 55	Derechos de las personas durante la investigación	26
Artículo 56	Disposiciones que podrá adoptar la Sala de Cuestiones Preliminares cuando se presente una oportunidad única de proceder a una investigación	26
Artículo 57	Funciones y atribuciones de la Sala de Cuestiones Preliminares	27
Artículo 58	Orden de detención u orden de comparecencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares	28
Artículo 59	Procedimiento de detención en el Estado de detención	29
Artículo 60	Primeras diligencias en la Corte	29
Artículo 61	Confirmación de los cargos antes del juicio	29

## **PARTE VI. DEL JUICIO** 31

Artículo 62	Lugar del juicio	31
Artículo 63	Presencia del acusado en el juicio	31
Artículo 64	Funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia	31
Artículo 65	Procedimiento en caso de declaración de culpabilidad	32
Artículo 66	Presunción de inocencia	32
Artículo 67	Derechos del acusado	33
Artículo 68	Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones	33
Artículo 69	Práctica de las pruebas	34
Artículo 70	Delitos contra la administración de justicia	34
Artículo 71	Sanciones por faltas de conducta en la Corte	35
Artículo 72	Protección de información que afecte a la seguridad nacional	35
Artículo 73	Información o documentos de terceros	36
Artículo 74	Requisitos para el fallo	36
Artículo 75	Reparación a las víctimas	37
Artículo 76	Fallo condenatorio	37

## **PARTE VII. DE LAS PENAS** 38

Artículo 77	Penas aplicables	38
Artículo 78	Imposición de la pena	38
Artículo 79	Fondo fiduciario	38
Artículo 80	El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional	38

## **PARTE VIII. DE LA APELACIÓN Y LA REVISIÓN** 39

Artículo 81	Apelación del fallo condenatorio o absolutorio o de la pena	39
Artículo 82	Apelación de otras decisiones	39
Artículo 83	Procedimiento de apelación	40
Artículo 84	Revisión del fallo condenatorio o de la pena	40
Artículo 85	Indemnización del detenido o condenado	41

<b>PARTE IX.</b>	<b>DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL</b>	42
Artículo 86	Obligación general de cooperar	42
Artículo 87	Solicitudes de cooperación: disposiciones generales	42
Artículo 88	Procedimientos aplicables en el derecho interno	42
Artículo 89	Entrega de personas a la Corte	43
Artículo 90	Solicitudes concurrentes	43
Artículo 91	Contenido de la solicitud de detención y entrega	44
Artículo 92	Detención provisional	45
Artículo 93	Otras formas de cooperación	45
Artículo 94	Aplazamiento de la ejecución de una solicitud de asistencia con respecto a una investigación o un enjuiciamiento en curso	47
Artículo 95	Aplazamiento de la ejecución de una solicitud por haberse impugnado la admisibilidad de la causa	47
Artículo 96	Contenido de la solicitud relativa a otras formas de asistencia de conformidad con el artículo 93	47
Artículo 97	Consultas con la Corte	48
Artículo 98	Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega	48
Artículo 99	Cumplimiento de las solicitudes a que se hace referencia en los artículos 93 y 96	48
Artículo 100	Gastos	49
Artículo 101	Principio de la especialidad	49
Artículo 102	Términos empleados	49
<b>PARTE X.</b>	<b>DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</b>	50
Artículo 103	Función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad	50
Artículo 104	Cambio en la designación del Estado de ejecución	50
Artículo 105	Ejecución de la pena	50
Artículo 106	Supervisión de la ejecución de la pena y condiciones de reclusión	51
Artículo 107	Traslado una vez cumplida la pena	51
Artículo 108	Limitaciones al enjuiciamiento o la sanción por otros delitos	51
Artículo 109	Ejecución de multas y órdenes de decomiso	51
Artículo 110	Examen de una reducción de la pena	51
Artículo 111	Evasión	52
<b>PARTE XI.</b>	<b>DE LA ASAMBLEA DE LOS ESTADOS PARTES</b>	53
Artículo 112	Asamblea de los Estados Partes	53
<b>PARTE XII.</b>	<b>DE LA FINANCIACIÓN</b>	54
Artículo 113	Reglamento Financiero	54
Artículo 114	Pago de los gastos	54
Artículo 115	Fondos de la Corte y de la Asamblea de los Estados Partes	54
Artículo 116	Contribuciones voluntarias	54
Artículo 117	Prorrateo de las cuotas	54
Artículo 118	Comprobación anual de cuentas	54
<b>PARTE XIII.</b>	<b>CLÁUSULAS FINALES</b>	55
Artículo 119	Solución de controversias	55
Artículo 120	Reservas	55
Artículo 121	Enmiendas	55
Artículo 122	Enmiendas a disposiciones de carácter institucional	55
Artículo 123	Revisión del Estatuto	56
Artículo 124	Disposición de transición	56
Artículo 125	Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión	56
Artículo 126	Entrada en vigor	56
Artículo 127	Denuncia	56



## PREÁMBULO

### Los Estados Partes en el presente Estatuto,

**Conscientes** de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento,

**Teniendo** presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

**Reconociendo** que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,

**Afirmando** que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia,

**Decididos** a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes,

**Recordando** que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales,

**Reafirmando** los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,

**Destacando**, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado Parte a intervenir en una situación de conflicto armado o en los asuntos internos de otro Estado,

**Decididos**, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto,

**Destacando** que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales,

**Decididos** a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera,

**Han convenido en lo siguiente:**

## **PARTE I. DEL ESTABLECIMIENTO DE LA CORTE**

### **Artículo 1**

#### **La Corte**

Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional ("la Corte"). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

### **Artículo 2**

#### **Relación de la Corte con las Naciones Unidas**

La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta.

### **Artículo 3**

#### **Sede de la Corte**

1. La sede de la Corte estará en La Haya, Países Bajos ("el Estado anfitrión").
2. La Corte concertará con el Estado anfitrión un acuerdo relativo a la sede que deberá aprobar la Asamblea de los Estados Partes y concluir luego el Presidente de la Corte en nombre de ésta.
3. La Corte podrá celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto.

### **Artículo 4**

#### **Condición jurídica y atribuciones de la Corte**

1. La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.
2. La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.

## PARTE II. DE LA COMPETENCIA, LA ADMISIBILIDAD Y EL DERECHO APLICABLE

### Artículo 5<sup>1</sup>

#### Crímenes de la competencia de la Corte

La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

### Artículo 6

#### Genocidio

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

### Artículo 7

#### Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:
  - a) Asesinato;
  - b) Exterminio;
  - c) Esclavitud;
  - d) Deportación o traslado forzoso de población;
  - e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
  - f) Tortura;
  - g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
  - h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
  - i) Desaparición forzada de personas;

<sup>1</sup> El párrafo 2 del artículo 5 (“La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.”) fue suprimido de conformidad con la resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010.

- j) El crimen de apartheid;
  - k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
2. A los efectos del párrafo 1:
- a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;
  - b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;
  - c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
  - d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;
  - e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;
  - f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;
  - g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;
  - h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;
  - i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.
3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

## Artículo 8<sup>2</sup>

### Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.
2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:
  - a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:
    - i) El homicidio intencional;
    - ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
    - iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

2 El aparatado e) del párrafo 2 fue enmendado mediante la resolución RC/Res.5, de 11 de junio de 2010 (se añadieron los párrafos 2 (e) (xiii) a 2 (e) (xv)).



- iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;
- vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;
- vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal;
- viii) La toma de rehenes;
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
  - i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;
  - ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;
  - iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;
  - iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;
  - v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;
  - vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;
  - vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;
  - viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;
  - ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;
  - x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
  - xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;
  - xii) Declarar que no se dará cuartel;
  - xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;
  - xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;
  - xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;
  - xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
  - xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

- xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;
- xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;
- xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;
- xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;
- xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;
- xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
- xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;
- xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;
- c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:
  - i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;
  - ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
  - iii) La toma de rehenes;
  - iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.
- d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.
- e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:
  - i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;
  - ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;
  - iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

- iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;
  - v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
  - vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
  - vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;
  - viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;
  - ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;
  - x) Declarar que no se dará cuartel;
  - xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
  - xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;
  - xiii) Emplear veneno o armas envenenadas;
  - xiv) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;
  - xv) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones.
- f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.
3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

### Artículo 8 *bis*<sup>3</sup>

#### Crimen de agresión

1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.
2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:
  - a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;

3 Insertado mediante la resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010.

- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.

#### Artículo 9<sup>4</sup>

##### Elementos de los crímenes

1. Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.
2. Podrán proponer enmiendas a los Elementos de los crímenes:
  - a) Cualquier Estado Parte;
  - b) Los magistrados, por mayoría absoluta;
  - c) El Fiscal.

Las enmiendas serán aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes.
3. Los Elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.

#### Artículo 10

Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto.

#### Artículo 11

##### Competencia temporal

1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.
2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12.

#### Artículo 12

##### Condiciones previas para el ejercicio de la competencia

1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.
2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:
  - a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
  - b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

4 Enmendado mediante la resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010 (inserción de la referencia al artículo 8 bis).

3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.

### **Artículo 13**

#### **Ejercicio de la competencia**

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

- a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

### **Artículo 14**

#### **Remisión de una situación por un Estado Parte**

1. Todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas.
2. En la medida de lo posible, en la remisión se especificarán las circunstancias pertinentes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante.

### **Artículo 15**

#### **El Fiscal**

1. El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte.
2. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte.
3. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.
4. Si, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considerare que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa.
5. La negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación.
6. Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación.

**Artículo 15 bis<sup>5</sup>****Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión  
(remisión por un Estado, *proprio motu*)**

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.
2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.
3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.
4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años.
5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo.
6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes.
7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión.
8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16.
9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.
10. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5.

**Artículo 15 ter<sup>6</sup>****Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión  
(remisión por el Consejo de Seguridad)**

1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo.
2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes.
3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto.
4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto.
5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5.

5 Insertado mediante la resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010.

6 Insertado mediante la resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010.



**Artículo 16****Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento**

En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

**Artículo 17****Cuestiones de admisibilidad**

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:
  - a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
  - b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;
  - c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20;
  - d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.
2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:
  - a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
  - b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;
  - c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

**Artículo 18****Decisiones preliminares relativas a la admisibilidad**

1. Cuando se haya remitido a la Corte una situación en virtud del artículo 13 a) y el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación, o el Fiscal inicie una investigación en virtud de los artículos 13 c) y 15, éste lo notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. El Fiscal podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y, cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados.
2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación.
3. El Fiscal podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la inhibición o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo.

4. El Estado de que se trate o el Fiscal podrán apelar ante la Sala de Apelaciones de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el artículo 82. La apelación podrá sustanciarse en forma sumaria.
5. Cuando el Fiscal se haya inhibido de su competencia en relación con la investigación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2, podrá pedir al Estado de que se trate que le informe periódicamente de la marcha de sus investigaciones y del juicio ulterior. Los Estados Partes responderán a esas peticiones sin dilaciones indebidas.
6. El Fiscal podrá, hasta que la Sala de Cuestiones Preliminares haya emitido su decisión, o en cualquier momento si se hubiere inhibido de su competencia en virtud de este artículo, pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares, con carácter excepcional, que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente.
7. El Estado que haya apelado una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares en virtud del presente artículo podrá impugnar la admisibilidad de un asunto en virtud del artículo 19, haciendo valer hechos nuevos importantes o un cambio significativo de las circunstancias.

### Artículo 19

#### Impugnación de la competencia de la Corte de la admisibilidad de la causa

1. La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17.
2. Podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el artículo 17, o impugnar la competencia de la Corte:
  - a) El acusado o la persona contra la cual se haya dictado una orden de detención o una orden de comparecencia con arreglo al artículo 58;
  - b) Un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes; o
  - c) Un Estado cuya aceptación se requiera de conformidad con el artículo 12.
3. El Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar asimismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas.
4. La admisibilidad de una causa o la competencia de la Corte sólo podrán ser impugnadas una sola vez por cualquiera de las personas o los Estados a que se hace referencia en el párrafo 2. La impugnación se hará antes del juicio o a su inicio. En circunstancias excepcionales, la Corte podrá autorizar que la impugnación se haga más de una vez o en una fase ulterior del juicio. Las impugnaciones a la admisibilidad de una causa hechas al inicio del juicio, o posteriormente con la autorización de la Corte, sólo podrán fundarse en el párrafo 1 c) del artículo 17.
5. El Estado a que se hace referencia en los apartados b) y c) del párrafo 2 del presente artículo hará la impugnación lo antes posible.
6. Antes de la confirmación de los cargos, la impugnación de la admisibilidad de una causa o de la competencia de la Corte será asignada a la Sala de Cuestiones Preliminares. Después de confirmados los cargos, será asignada a la Sala de Primera Instancia. Las decisiones relativas a la competencia o la admisibilidad podrán ser recurridas ante la Sala de Apelaciones de conformidad con el artículo 82.
7. Si la impugnación es hecha por el Estado a que se hace referencia en los apartados b) o c) del párrafo 2, el Fiscal suspenderá la investigación hasta que la Corte resuelva de conformidad con el artículo 17.
8. Hasta antes de que la Corte se pronuncie, el Fiscal podrá pedirle autorización para:
  - a) Practicar las indagaciones necesarias de la índole mencionada en el párrafo 6 del artículo 18;
  - b) Tomar declaración a un testigo o recibir su testimonio, o completar la recolección y el examen de las pruebas que hubiere iniciado antes de la impugnación; y
  - c) Impedir, en cooperación con los Estados que corresponda, que eludan la acción de la justicia personas respecto de las cuales el Fiscal haya pedido ya una orden de detención en virtud del artículo 58.
9. La impugnación no afectará a la validez de ningún acto realizado por el Fiscal, ni de ninguna orden o mandamiento dictado por la Corte, antes de ella.



10. Si la Corte hubiere declarado inadmisibile una causa de conformidad con el artículo 17, el Fiscal podrá pedir que se revise esa decisión cuando se haya cerciorado cabalmente de que han aparecido nuevos hechos que invalidan los motivos por los cuales la causa había sido considerada inadmisibile de conformidad con dicho artículo.
11. El Fiscal, si habida cuenta de las cuestiones a que se refiere el artículo 17 suspende una investigación, podrá pedir que el Estado de que se trate ponga a su disposición información sobre las actuaciones. A petición de ese Estado, dicha información será confidencial. El Fiscal, si decide posteriormente abrir una investigación, notificará su decisión al Estado cuyas actuaciones hayan dado origen a la suspensión.

## Artículo 20<sup>7</sup>

### Cosa juzgada

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.
2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.
3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 *bis* a menos que el proceso en el otro tribunal:
  - a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
  - b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

## Artículo 21

### Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:
  - a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
  - b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
  - c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.
2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.
3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

<sup>7</sup> Enmendado mediante la resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010.

### PARTE III. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL

#### Artículo 22

##### *Nullum crimen sine lege*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.
2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.
3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

#### Artículo 23

##### *Nulla poena sine lege*

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

#### Artículo 24

##### *Irretroactividad ratione personae*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.
2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

#### Artículo 25<sup>8</sup>

##### **Responsabilidad penal individual**

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
  - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
  - b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
  - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
  - d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
    - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
    - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
  - e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
  - f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.
- 3 bis. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

8 Insertado mediante la resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010 (inserción del párrafo 3 bis).

**Artículo 26****Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte**

La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

**Artículo 27****Improcedencia del cargo oficial**

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.
2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

**Artículo 28****Responsabilidad de los jefes y otros superiores**

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

- a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:
  - i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
  - ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.
- b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
  - i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
  - ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
  - iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

**Artículo 29****Imprescriptibilidad**

Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

**Artículo 30****Elemento de intencionalidad**

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
  - a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
  - b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.

### Artículo 31

#### Circunstancias eximentes de responsabilidad penal

1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:
  - a) Padeциere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;
  - b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere;
  - c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado;
  - d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:
    - i) Haber sido hecha por otras personas; o
    - ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.
2. La Corte determinará si las circunstancias eximentes de responsabilidad penal admitidas por el presente Estatuto son aplicables en la causa de que esté conociendo.
3. En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

### Artículo 32

#### Error de hecho o error de derecho

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.
2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.

### Artículo 33

#### Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:
  - a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
  - b) No supiera que la orden era ilícita; y
  - c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.
2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.