

A CULPABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Marco Bruno Miranda Clementino

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

2. O DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Quando Francisco de Vitória, ainda no século XVI, idealizou a *communitas orbis*, talvez não imaginasse que estava oferecendo as premissas para o desenvolvimento de uma teoria política de 500 anos. Enxergando uma ordem mundial composta por Estados nacionais livres e independentes, portadores de direitos naturais, porém subordinados ao direito das gentes, Francisco de Vitória rompia em definitivo com as concepções medievais de dominação pelo imperador e pelo Papa (FERRAJOLI, 2002). Nascia, naquele momento, a ideia de Estado soberano, pressuposto necessário do pensamento internacional¹ (HELLER, 1965, p. 225). Soberania e direito internacional (expressão cunhada séculos depois por Jeremy Bentham) são conceitos que se implicam, motivo pelo qual é possível atribuir a Vitória a dupla paternidade.

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

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

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

Na segunda fase, a partir das obras de Hobbes e Bodin, o conceito evoluiu para uma progressiva limitação da soberania interna e a absolutização da soberania externa, cujo ápice é a Paz de Vestfália, em 1648. Surge então o Estado moderno, no momento em que a afirmação da razão humana oferece os contornos para uma concepção estatal dissociada da existência de uma ordem superior, portanto caracterizada por um vazio

normativo na ordem internacional. Ao mesmo tempo, a soberania interna se limitava progressivamente conforme se afirmavam os pressupostos do Estado de Direito, tidos por Ferrajoli como negações da soberania (2002).

O modelo vestfaliano permanece até a primeira metade do século XX, quando os fatos históricos evidenciaram em definitivo sua insuficiência para enfrentar os desafios da sociedade internacional que se estabelecia no período pós-guerra, início da transição para a concepção de um novo modelo, do “algo de novo” a que se referiu Adam Watson já nos anos 90 (WATSON, 2004). Depois de duas Grandes Guerras, a sociedade internacional se viu obrigada a repensar as noções de soberania, para avançar em direção a uma sociedade global, marcada pela interdependência entre os Estados, estruturados em rede (CASTELLS, 1999).

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

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

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

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

dos agentes criminosos, exigindo a concepção de novos métodos para controlá-los (CANTARELLI, 1976). Essa visão já era compartilhada, no limiar da segunda metade do século passado por Jiménez de Asúa, que já enfatizava a existência de formas de criminalidade internacional às quais deve corresponder formas de repressão internacional (ASÚA, 1950, p. 667).

Desse modo, o direito internacional penal nasceu no momento em que se percebeu a insuficiência do modelo de repressão estatal no que se refere a algumas condutas criminosas. A propósito, convém também ressaltar sua função como forma de tutela de direito penal humanitário (JAPIASSÚ, 2004), surgido em consequência da internacionalização dos direitos humanos cuja necessidade foi identificada com mais vigor após as duas Grande Guerras, confirmando a tese evolutiva e de primado histórico concebida por Bobbio acerca dos direitos do homem (1992).

2.1. CONCEITO, OBJETO E FONTES

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

A propósito da terminologia, convém ressaltar que tem prevalecido na literatura especializada uma dicotomia entre direito penal internacional e direito internacional penal, cada qual identificando uma realidade diferente e cujo elemento primordial de distinção tem como referencial a instância decisória da produção normativa, o que remete a discussão também à questão das fontes. Pela dicotomia, o direito internacional penal indica o conjunto de normas produzidas no plano internacional como forma de repressão aos crimes internacionais, enquanto o direito penal internacional engloba normas de direito interno, criadas pelo poder político estatal, conferindo legitimidade às jurisdições nacionais para julgar crimes internacionais.

A priori, parece incoerente a concepção de um sistema normativo interno para a regulação de crimes internacionais. Trata-se, no entanto, de um problema aparente, resolvido pelo caráter de complementaridade do direito internacional penal. E, a esse respeito, é importante resgatar que a ordem internacional tem-se caracterizado, numa perspectiva habermasiana, pela limitação consensual da soberania estatal, o que justifica a complementaridade das jurisdições internacionais. Portanto, sob a ótica da complementaridade, faz sentido o estabelecimento, no direito interno, de normas repressivas de crimes internacionais. Assim, o Estado nacional não descarta do

cumprimento de sua obrigação internacional na persecução penal de tais ilícitos, evitando a atuação complementar das instâncias internacionais.

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

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

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

No que diz respeito às fontes, importa retornar a premissa de que o direito internacional penal configura sub-ramo do direito internacional público. É neste que o direito internacional penal busca suas fontes, em geral aquelas do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, entre as quais se destacam o tratado e o costume, com notável ganho de importância para aquele a partir do século passado. Havendo, pois, a introdução, por fontes de direito internacional público, de normas com conteúdo penal, especificamente sobre crimes internacionais e as penas para estes cominadas, tais normas integrarão o objeto do direito internacional penal. Entre estas, a mais importante é, sem dúvida, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, acompanhada de seus documentos normativos complementares.

2.2. FORMAÇÃO HISTÓRICA

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

Todavia, o primeiro precedente efetivo de jurisdição penal internacional somente veio à tona em 1474, com o julgamento de Peter von Hagenbach, governador do Sacro Império Romano de Breisach, que havia sido nomeado por Charles de Borgonha (GUAJARDO, 2004). Com a derrota deste por uma coalizão formada pela França, pela Áustria e por forças do Alto Reno, von Hagenbach foi preso sob a acusação de haver violado as Leis de Deus e dos homens, autorizando as suas tropas a raptarem e matarem civis inocentes e a realizarem pilhagens em suas propriedades. Foi então levado a julgamento, na Praça do Mercado de Breisach, por um tribunal composto por 28 juízes de diferentes cidades aliadas do Arquiduque da Áustria, sob a presidência deste. Ao final, após privado de sua dignidade de cavaleiro, Peter von Hagenbach foi condenado e executado (BASSIOUNI, 1981; JAPIASSÚ, 2004).

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

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

Em seguida, ainda sob a Liga das Nações, houve um notável esforço para a instituição de um tribunal penal internacional, embora com competência restrita para repressão ao terrorismo, conforme previsto no art. 1º da Convenção de 1937. A

convenção, no entanto, foi ratificada por apenas um Estado e nunca entrou em vigor, até em função da proximidade com a Segunda Guerra Mundial deflagrada dois anos depois.

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

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

Considerado por muitos o verdadeiro nascimento do direito internacional penal (LARGUIER, 2003), o Tribunal de Nuremberg era composto por quatro juízes e um suplente, tendo cada potência aliada nomeado um juiz e um suplente. Os membros do Ministério Público, por sua vez, também foram designados pelos quatro aliados. Embora se tratasse de um tribunal militar, todos os Estados, com exceção do soviético, designaram juristas civis de notável saber jurídico em seus respectivos países. Na verdade, o tribunal fora criado como militar como forma de os Estados Unidos contornarem o princípio da anterioridade estabelecido em seu direito penal comum interno, já que não havia previsão semelhante em seu direito penal militar (JAPIASSÚ, 2004).

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

Embora se tratasse indiscutivelmente de uma justiça de vencedores contra vencidos, o Tribunal de Nuremberg não provocou reações tão incisivas quanto as que anteriormente se vira em relação ao Tratado de Versalhes, firmado após a Primeira Guerra Mundial, que deu impulso ao nazismo pelo sentimento de humilhação dos

alemães. Em Nuremberg, houve a preocupação de viabilizar um julgamento criterioso e não uma vingança internacional, razão por que, a despeito de eventuais críticas, obteve sucesso relativo (JAPIASSÚ, 2004).

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

Desde então, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), nunca cessou o esforço, iniciado ainda na Liga das Nações, para criação de uma jurisdição penal universal permanente. Todavia, o trabalho que era desenvolvido na ONU sempre esbarrava nas dificuldades impostas pela Guerra Fria. Assim, somente em 1989, com a derrocada da União Soviética, foi possível estabelecer um novo marco nas relações internacionais, abrindo espaço para efetiva criação de um tribunal penal internacional permanente. Nesse Ano, na Assembléia Geral, Trinidad e Tobago solicitou formalmente o retorno da discussão com o objetivo de viabilizar o combate ao narcotráfico, tendo sido, logo em seguida, acionada a Comissão de Direito Internacional para que retomasse os estudos anteriores sobre a temática.

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

Enfim, a Conferência Diplomática de Roma teve início em 15 de junho de 1998, com o objetivo de aprovação do estatuto de um tribunal penal internacional. Foram cansativas cinco semanas de negociações, porém enfim se logrou aprovar, em 17 de julho de 1998, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que entraria em vigor em 2 de julho de 2002, 60 dias após a sexagésima ratificação pelos Estados signatários.

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

da celebração do tratado, foi reforçada no governo do atual presidente George Bush, seja por questões ideológicas do ideário republicano, seja pelo *leadership* do Pentágono que refuta o tribunal por mero pragmatismo, seja pelo medo de alguns intelectuais que enxergam no tribunal uma ameaça à soberania nacional (DONAT-CATTIN, 2005).

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

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

A titularidade jurídica internacional do ser humano, tal como a anteviam os chamados fundadores do direito internacional (direito das gentes), hoje é a uma realidade (TRINDADE, 2006, p. 112). Com efeito, essa emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional é característica recente no processo histórico (MIRANDA, 2002). Basta resgatar a premissa de que, embora o designando como direito das gentes, Francisco de Vitória, ao pensar a *communitas orbis*, ainda se referia à existência de direitos naturais dos Estados numa ordem mundial, da qual sequer a soberania externa estatal constituía postulado essencial.

Com efeito, a soberania externa somente vem a afirmar-se num período posterior, atrelada ao pensamento moderno que oferece condições para a formação dos Estados nacionais, em contraposição ao período medieval de descentralização do poder político. No apogeu de absolutização da soberania, o Estado se afirma como tal na sociedade internacional, com fundamento em Vestfália, e ainda não sofreu, no que diz respeito à soberania, as limitações que conduzem à formação paulatina, no final da Idade Moderna, do Estado de Direito.

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

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

Com efeito, na Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que as estruturas estatais, em face da repercussão global de determinadas relações jurídicas, não mais conseguiam garantir, com um mínimo de eficiência, a fruição desses direitos inerentes à condição de ser humano. Assim, a internacionalização veio à tona como instrumento jurídico de preservação da universalização desses direitos, cuja premissa tem origem ainda no pensamento moderno. Para tanto, construiu-se um sistema que reconhecia direitos humanos universais e estabelecia garantias para tutela de direitos eventualmente violados. Desde então, o homem se tornou sujeito de direito internacional.

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

Essa emancipação, todavia, consolidou-se após uma lenta e progressiva construção, alimentada pelo critério da necessidade. Contudo, no momento em que se aceita essa emancipação, impõe-se admitir simetricamente a existência de deveres do ser humano na ordem internacional. Como sujeito de direitos, até em face do princípio da bilateralidade da norma jurídica, torna-se possível o estabelecimento de deveres internacionais do indivíduo, acompanhados de sanções por eventual descumprimento. Dessa lógica, surge a previsão de crimes internacionais imputados ao indivíduo e, por consequência, a respectiva responsabilização penal internacional.

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

Entretanto, a responsabilidade penal do indivíduo somente se concretiza com os julgamentos perpetrados nas jurisdições internacionais de Nuremberg e Tóquio, referendados posteriormente pela Assembleia Geral da ONU, em 11 de dezembro de 1946, quando esta aprova a Resolução n. 95, pela qual expressa a Confirmação dos Princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Em seguida, cumprindo determinação da Resolução n. 177 da Assembleia Geral, a Comissão de Direito Internacional definiu os sete princípios extraídos das atividades de Nuremberg, dentre os quais o da culpabilidade pessoal, no qual se funda a responsabilidade penal internacional do indivíduo⁶.

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

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

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

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

Incorporando a classificação de Kai Ambos, têm-se como princípios gerais em sentido estrito os prescritos entre os arts. 20 e 24 do Estatuto. O art. 20 prevê o princípio de *ne bis in idem*, com uma conotação um pouco diferente da feição tradicional, haja

vista o princípio da complementaridade. Estabelece-se ainda, no art. 21, o direito aplicável aos julgamentos submetidos ao tribunal. São verdadeiros princípios gerais, em que pese terem sido veiculados no Capítulo II do Estatuto, que regula competência, admissibilidade e direito aplicável.

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

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

O Estatuto normatiza ainda as causas excludentes da responsabilidade penal individual. No art. 26, é incorporado o princípio de exclusão de jurisdição sobre menores de 18 anos. Adiante, no art. 27, prescreve-se o princípio da irrelevância da qualidade oficial, por meio do qual se assegura a competência do tribunal independentemente do cargo ou posição ocupado pelo acusado. A imprescritibilidade como princípio é prevista no art. 29 e, por fim, os arts. 31, 32 e 33 estabelecem, respectivamente, as causas de exclusão da responsabilidade penal, a disciplina do erro de fato e do erro de direito, assim como da responsabilidade dos subordinados.

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

É até intuitivo que o direito internacional penal herde sua estrutura dogmática do direito penal formado na tradição da *common Law*. Tendo como marco, em sua formação histórica, o Tribunal de Nuremberg, é natural que os norte-americanos, maiores vencedores da Segunda Guerra Mundial, tenham exercido influência determinante nos rumos das atividades. E, como o direito dos Estados Unidos é filiado à *common law*, toda a construção dogmática do direito internacional penal daquele momento teve como

premissa os princípios e conceitos oriundos daquela família de sistemas jurídicos, iniciando-se ali um processo evolutivo alheio às estruturas criminais concebidas no seio do direito continental europeu e que deram origem à chamada família da *civil law*, de matriz romano-germânica.

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

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

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

3.1. A FAMÍLIA DA COMMON LAW

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

A tradição jurídica da *common law* surge na Inglaterra, sendo a conquista dos normandos, em 1066, um marco na história do direito inglês (DAVID, 2002)⁹. No período

que a precede, o sistema jurídico inglês era bastante rudimentar e tinha fundamento essencialmente costumeiro. A ordem das coisas vai se modificar com a conquista normanda e instalação das cortes reais. A expressão *common law* deriva de *comune ley* na gíria normanda (*Law French*), consistente no direito comum para toda a Inglaterra, em oposição aos costumes locais até tidos como a única fonte do direito (DAVID, 2002).

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

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

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

A formação da *common law* foi possível graças à regra do precedente vinculante ou do *stare decisis*, segundo o qual as cortes inferiores são obrigadas a aplicar o precedente emitido pela superior e os seus próprios precedentes já consolidados. Assim, a ordem jurídica foi se estruturando a partir da multiplicação e aplicação desses precedentes, formando um sistema de sustentação predominantemente jurisprudencial, em que o direito legislado, em que pese existente, é bastante escasso. Guido Soares, a propósito, escreve: *na common law, a idéia que permeia o sistema é a de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas* (SOARES, 2000, p. 53).

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

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

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

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

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

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

Nos Estados Unidos, vigora um sistema misto com predominância da *common law*, salvo na Louisiana, onde, por influência francesa, segue-se a *civil law*. Essa particularidade se deve ao fato de que todo o sistema jurídico norte-americano sustenta-se numa constituição escrita, que rejeita a doutrina da supremacia parlamentar (SCHWARTZ, 1968) e constitui-se num instrumento dinâmico que define toda a estrutura do Estado.

3.2. O DIREITO PENAL DA COMMON LAW

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

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

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

Os crimes na *common law* eram tradicionalmente classificados em três em espécies: *treason*, *felony* e *misdemeanor* (DERBY, 1950). Nos Estados Unidos, as classificações mais recentes não mais mencionam a *treason* entre elas, enquanto na Inglaterra, desde 1967, as infrações recebem diferente classificação em *indictable offences* e *non-indictable* ou *petty offences*. Em ambos os casos, o critério utilizado na classificação consiste no potencial ofensivo da infração.

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

3.3. A DOGMÁTICA DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL DA *COMMON LAW*

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

Com efeito, mesmo em normas positivadas, os crimes não são formalmente estruturados a partir desses três elementos. Não há dúvida de que, a partir de perspectiva analítica, é possível identificar a presença desses três elementos nas normas positivadas e nas decisões de direito internacional penal. É certo, no entanto, que toda a estruturação normativa se projeta a partir dos elementos do crime identificados no sistema da *common law*.

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

4. A CULPABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Curiosamente, a despeito de não integrar a estrutura dogmática do direito internacional penal, o conceito de culpabilidade, paradoxalmente, constitui o próprio fundamento da responsabilidade penal do indivíduo no âmbito internacional desde Nuremberg. A esse respeito, explica Kai Ambos (2003, p. 9) que *os tribunais não*

reconhecido que o princípio de culpabilidade (individual) exige o conhecimento por parte do acusado das circunstâncias do delito. E conclui afirmando que os juízos subsequentes sempre reafirmaram que a responsabilidade individual pressupõe culpabilidade.

Isso se explica pelo fato de que a justificação da legitimidade do Tribunal de Nuremberg teve que se apoiar num juízo de reprovação sobre as condutas perpetradas pelos nazistas para fundamentar a responsabilidade penal individual dos acusados, até porque não havia, naquela época, uma prévia descrição internacional geral e abstrata dos crimes cometidos pelos acusados. Trata-se, como afirma novamente Kai Ambos (2003, p. 9), de uma culpabilidade sujeita a algumas *limitações consideráveis*, até para se adequar à lógica do sistema da *common law*.

4.1. A TEORIA DA CULPABILIDADE

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

A culpabilidade somente ganhou cientificidade em 1907, com Frank, a partir da formulação inicial da teoria psicológico- normativa da culpabilidade. Antes disso, no século XIX, o juízo de reprovação pessoal era feito por meio de critérios mais frágeis. Em Ferri, tal era feito a partir de um critério de periculosidade, sustentado por um positivismo influenciado pelo determinismo derivado da física newtoniana e por uma biologia evolucionista racista (ZAFFARONI, 2005).

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

Com Frank, já no início do século XX, surge a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, posteriormente aprimorada por Mezger e Goldschmidt. Aqui a culpabilidade deixou de ser um juízo psicológico para adquirir feição normativa. Como dizia Everardo Cunha Luna (1976, p. 60), a culpabilidade é conhecimento e vontade

definidos e limitados em lei. Esse caráter normativo se dá com a absorção do elemento normativo da consciência da antijuridicidade da conduta, razão por que, na teoria psicológico-normativa, censura-se o fato em virtude de o indivíduo ter podido conhecer a ilicitude de sua vontade (BRANDÃO, 2008, p. 207).

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

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

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

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

A *mens rea*, implicando o *intent* de praticar a conduta prevista no *actus reus* não consiste no mero dolo porque, desde a teoria finalista da ação, este voltou a ter feição puramente naturalística, significando apenas o elemento subjetivo do tipo, referindo-se a consciência e vontade na ação. Assim, a *mens rea* também embute uma noção normativa da conduta, quanto à consciência de sua antijuridicidade, tanto que, entre as *defenses* para excluí-la, incluem-se o *mistake* (erro), a *duress* (coação) e a *insanity* (incapacidade mental).

4.2.1. A CULPABILIDADE NO ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

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

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

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

Nesse contexto, convém retomar a afirmação de Roxin (2008) no sentido de que não há direito penal sem culpabilidade, mesmo que esta esteja sob outra denominação. De fato, em que pese não ter sido a culpabilidade critério de estruturação dogmática das normas penais do Estatuto de Roma, isso não significa que não esteja neste implícito sob outra denominação. Seria até contraditório que assim não fosse, dada a premissa já fixada de que tal princípio justificou historicamente a responsabilidade penal individual no âmbito internacional.

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

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

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

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

3. Nos termos do presente artigo, entende-se por “conhecimento” a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efeito irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões “ter conhecimento” e “com conhecimento” deverão ser entendidas em conformidade.

Pelo que se extrai da materialidade do enunciado normativo, prescreve-se como elemento subjetivo, no item 1, que o agente tenha “conhecimento dos elementos materiais” de um crime de competência do Tribunal, fornecendo-se, no item 3, interpretação autêntica do conceito de “conhecimento”, ao qual se atrela a noção de consciência. Não há dúvida, por conseguinte, que a culpabilidade está implícita nesse preceito do art. 30.

Por outro lado, também já se firmou anteriormente a premissa de que os elementos objetivo e subjetivo do crime na dogmática da *commow law* são modeladas a partir das *defenses* sustentadas pelo acusado como forma de se eximir da responsabilidade penal. Trata-se de defesas processuais, porque construídas na dinâmica do processo, seguindo lógica de construção do sistema da *common law*. Desse modo, no Estatuto de Roma, foram positivadas algumas *defenses* que indicam exclusão da responsabilidade penal individual. A primeira defesa processual que exclui a responsabilidade penal individual decorre da interpretação, a *contrario sensu*, do art. 28 do Estatuto, que regula a responsabilidade de mando. Isso porque, embora se estabeleça, nesse preceito, o aspecto objetivo da conduta do chefe militar ou outro superior hierárquico (*actus reus*), são veiculadas algumas hipóteses de exclusão da responsabilidade penal individual fundamentadas no desconhecimento (erro) ou na inexigibilidade de conduta diversa. No art. 31, existe a previsão de algumas causas de exclusão que ora se qualificam como exclusões da culpabilidade, ora como causas de justificação excludentes da antijuridicidade da conduta, como na alínea c, que disciplina a legítima defesa. No mais, prescreve-se, na alínea a, a exclusão da responsabilidade penal individual, no tocante à culpabilidade, tendo em vista a constatação de incapacidade mental (*insanity*). Na alínea b, a exclusão se dá em virtude de intoxicação (*intoxication*), ressalvada a *actio libera in*

causa (AMBOS, 2000). Por fim, na alínea *d*, determina-se a exclusão em virtude de coação (*duress*), desde que o agente atue de forma razoável e necessária, sem a intenção de causar dano maior.

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

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

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

5. CONCLUSÃO

Considerando as premissas estabelecidas no trabalho, é possível afirmar que, embora construído sob a influência do direito penal da *common law*, que não contempla a culpabilidade como um dos elementos do crime, o direito internacional penal não está dela alijado. Pelo contrário, desde o Tribunal de Nuremberg a culpabilidade foi suscitada como elemento justificador da responsabilidade penal individual no âmbito internacional. Assim, na dogmática do direito internacional penal, a culpabilidade está presente sob outra denominação (ROXIN, 2008), implícito no elemento subjetivo do crime (*mens rea*), que engloba também o dolo (elemento subjetivo da tipicidade no direito penal da *civil law*) e a antijuridicidade da conduta. Não é diferente no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, em cujo texto se acha a substância da culpabilidade no art. 30, que prescreve a *mens rea*, ou seja, o aspecto subjetivo do crime. Por outro lado, à semelhança do que também ocorre no direito penal da *common law*, as excludentes de culpabilidade são estruturadas sob a forma de *defenses*, essencialmente atreladas à

dinâmica do processo penal. No Estatuto de Roma, algumas dessas excludentes são positivadas (arts. 28, 31, 32 e 33). Todavia, haja vista a configuração do instituto no direito penal da *common law*, influenciada pelos fatores que lhe deram origem, essas excludentes não são *numerus clausus*, observadas as regras quanto ao direito aplicável no julgamento perante o Tribunal (art. 21).