

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

**A RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO ESTATUTO DE
ROMA E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO DIREITO PENAL
MILITAR BRASILEIRO**

Autor: Carlos Frederico de Oliveira Pereira

Orientador: Prof. Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão

**Brasília
2009**

CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA

**A RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO ESTATUTO DE
ROMA E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO DIREITO PENAL
MILITAR**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito da Universidade Brasília,
como requisito parcial para a obtenção do Título
de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio José Guilherme de
Aragão

**Brasília
2009**

Tese de autoria de Carlos Frederico de Oliveira Pereira, intitulada “A RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO ESTATUTO DE ROMA E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO DIREITO PENAL MILITAR”, apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito pela Universidade de Brasília, em 04 de maio de 2009, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada:

Prof. Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão
Orientador

Profª. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Membro da Banca

Prof.Dr. Sven Peterke
Membro da Banca

Prof.Dr. André de Carvalho Ramos
Membro da Banca

Prof.Dr. Márcio Pereira Pinto Garcia
Membro da Banca

Prof.Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
Suplente

Brasília
2009

Ao meu saudoso pai, Bel. Francisco Pereira Neto, que, com toda a certeza, se vivo estivesse, estaria vibrando muito mais do que eu com a conclusão desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos que sempre me incentivaram a concluir este trabalho, a minha família: meu saudoso pai, Francisco, minha mãe, Maria Carmélia e minhas irmãs, Cláudia Fernanda e Francisca Carla.

RESUMO

A principal fonte legislativa de nossa pesquisa será o Estatuto de Roma. O Brasil, ao aderir à criação do Tribunal Penal Internacional, aceitou a jurisdição complementar desta Corte Internacional permanente para julgar crimes de agressão, genocídio, crimes contra a humanidade e de guerra. Significa dizer que a ausência de julgamento interno para hipótese em que a Corte considerar ajustado em alguma dessas modalidades delitivas vai acarretar a assunção direta do caso. O mesmo pode acontecer se a Corte considerar que houve ausência de interesse do Estado-parte na punição ou impossibilidade de realizar o julgamento, por exemplo, em razão de guerra ou calamidade.

Uma hipótese clara de ausência de julgamento pode ocorrer diante de atipicidade de crimes internacionais frente à legislação penal do Estado-parte. A presente pesquisa se debruçará sobre a responsabilidade de comando, instituto inexistente no nosso direito penal comum e militar.

Perante o CPM, o comandante só pode ser responsabilizado pelo crime praticado pelo subordinado se prestou adesão à prática delitiva por ele desencadeada, hipótese em que será dele coautor ou participe. Além dessa hipótese, eventualmente, pode-se cogitar de responsabilização a título de culpa, em face do resultado advindo da prática delitiva desencadeada pelo subordinado, mas mesmo assim a simples relação de subordinação hierárquica não é suficiente para preencher os requisitos do tipo culposo de resultado.

Por outro lado, a doutrina internacional penal inclina-se por ver a responsabilidade de comando no Estatuto de Roma como hipótese de responsabilidade culposa, o que está totalmente desconforme ao nosso direito penal. Primeiro porque, em uma de suas modalidades, quando o comandante "sabe" do comportamento delituoso dos seus subordinados, há, claramente, descrição de dolo direto no nosso sistema. Segundo, porque é inadmissível que crime culposo tenha a mesma pena abstrata de crime doloso, tratando-se de delitos da mais extrema gravidade como são os crimes internacionais. Por último, porque é inadmissível participação culposa em crime doloso.

A implementação do Tratado, já em discussão no Congresso Nacional, poderá não solucionar essa disparidade. A tese ora apresentada, além de enfrentar essas dificuldades interpretativas, vai analisar alguns aspectos do direito penal da *common law*, que serviu de fonte para a edificação da responsabilidade de comando. Ao final, apresentaremos soluções interpretativas e *de lege ferenda*, fora do projeto de implementação, consistentes em alterações no CPM, com o que se espera sejam as antinomias definitivamente resolvidas.

Sugestões também serão feitas sobre alterações no texto do ER para que a omissão imprópria seja alcançada sem nenhuma dúvida, pois a punição de crime omissivo em face de crime comissivo de resultado, sem norma de extensão sobre posição de garante, é inequívoca ofensa ao princípio da legalidade, sob a ótica do princípio da legalidade no sistema continental.

Por último, a alteração que vamos propor no CPM para melhor implementar a responsabilidade de comando importará na criação de um tipo omissivo culposo, nos moldes que a doutrina internacional penal empresta ao tema, porém com pena ajustada aos crimes culposos no nosso sistema legislativo, alcançando os crimes internacionais e os crimes militares.

Com isso, ficam resolvidos os casos em que comandantes negligentes na condução de operações militares ou foram, erradamente, responsabilizados pelo mesmo crime doloso praticado pelo subordinado ou sequer foram processados diante da atipicidade de comportamento no CPM, em que pese a imperdoável negligência de seu comportamento.

Palavras-chave: Direito Internacional Penal. Estatuto de Roma. Responsabilidade de Comando. Implementação

ABSTRACT

The main legislative source of our research will be the Rome Statute. Brazil, by adhering to the creation of the International Criminal Court accepted the complementary jurisdiction of this permanent international court to try crimes of aggression, genocide, crimes against humanity and war crimes.

In other words, the absence of internal trial procedure for cases the Court deems adjusted to any of those wrongful conducts will result in its direct assumption. The same might occur if the Court considers there was a lack of concern on the part of a Member State to punish such crime or an inability to complete such trial, for instance, due to war or disaster.

A clear example of lack of trial may occur when an international crime is not provided for in the internal criminal statutes of a member State. This research focuses on the command responsibility, an institute nonexistent in our ordinary and military criminal law. Before the CPM, the commander may only be liable for the crime perpetrated by an inferior provided that he adhered to that criminal practice. In that event, he will be deemed either co-principal or accessory. Otherwise, one could eventually devise responsibility due to negligence, arising from the result of the criminal practice triggered by the inferior, but still the mere hierarchical subordinate relationship is not enough to meet the requirements of the “negligence result” crime.

Moreover, the criminal international doctrine tends to regard command responsibility in the Rome Statute as a case of negligence liability, which is totally inconsistent with our criminal law. First, because in one of its forms, when the commander “knows” about the criminal conduct of his subordinate, it is clearly a description of intention in our system. Secondly, because it is inadmissible that a criminal negligence receives the same abstract punishment of an intentional crime. Finally, because an accessory negligence in an intentional crime is not admissible either.

The implementation of the Treaty, already under discussion in Congress, may not end this disparity. The thesis presented herein, besides facing such difficulties in interpretation, will also examine some aspects of the criminal law in the Common Law system, which served as the source for establishing the command responsibility. In the conclusion, interpretive and *lege ferenda* solutions, off the implementation project, will be laid out, consisting in amendments in the CPM, which are expected to result in the antinomies being definitely worked out.

Suggestions will also be made on amendments in the body of the RS so that commission by omission is unmistakably provided for, given that the punishment of negligence associated to a result crime by commission, without an extension rule on the duty to act position, is a clear offence to the principle of legality, under the Continental Law System’s point of view.

At last, the amendments we will propose in the CPM to better implement the command responsibility will lead to the creation of a negligence crime by omission in conformity with the criminal international doctrine, but with a punishment adjusted to the negligence crimes in our legislative system, achieving both the international crimes and military crimes.

Thus, a successful conclusion could be brought to cases where commanders neglectful in the conduction of military operations either were wrongfully held responsible for the same intentional crime committed by his inferior or not even prosecuted at all, as a result of lack of definition in the CPM, in spite of the unforgivable negligence of his behavior.

Keywords: International Criminal Law. Rome Statute. Command Responsibility. Implementation.

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição Federal
CICR	Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CP	Código Penal
CPB	Código Penal Brasileiro
CPM	Código Penal Militar
DICA	Direito Internacional dos Conflitos Armados
DIH	Direito Internacional Humanitário
DIP	Direito Internacional Público
<i>DIPen</i>	Direito Internacional Penal
ER	Estatuto de Roma
FFAA	Forças Armadas
ICC	International Criminal Court
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
IMT	International Military Tribunal
IMTFE	International Military Tribunal for the Far East
JCE	Joint Criminal Enterprise
LCC nº10	Lei do Conselho de Controle nº 10
MPC	Model Penal Code
ONU	Organização das Nações Unidas
SDN	Sociedade das Nações
SS	Shutztaffel
TPI	Tribunal Penal Internacional
UCMJ	Uniform Code of Military Justice
P1	Protocolo Adicional nº 1 às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949
P2	Protocolo Adicional nº 2 às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949
G1	1ª Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 (Feridos e Enfermos das Forças Armadas em Campanha)
G2	2ª Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 (Feridos, Enfermos e Náufragos no mar)
G3	3ª Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 (Prisioneiros de Guerra)
G4	4ª Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 (Civis)
EEUU	Estados Unidos da América do Norte

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
I. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA.....	11
II. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E METODOLOGIA.....	19
III. ESTRUTURA E ROTEIRO.....	22
IV. OBJETIVOS DO TRABALHO.....	24
CAPÍTULO I.....	25
DIREITO INTERNACIONAL PENAL, DIREITO PENAL INTERNACIONAL e TEORIA GERAL DO CRIME.....	25
1. A INSERÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL NA TEORIA GERAL DO CRIME.....	25
2. FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL.....	28
3. DIREITO INTERNACIONAL PENAL E DIREITO PENAL ESPECIAL.....	29
4. UMA TEORIA DO DELITO PARA O DIREITO INTERNACIONAL PENAL?	36
CAPÍTULO II.....	47
A RESPONSABILIDADE DE COMANDO NAS CORTES INTERNACIONAIS.	47
1. ORIGEM HISTÓRICA.....	47
2. A CORTE MILITAR INTERNACIONAL - TRIBUNAL DE NUREMBERG (INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL - IMT).....	52
A. Conspiracy.....	57
B. Responsabilidade de entes coletivos.....	66
C. Domínio por organização.....	68
3. JULGAMENTOS DO EXTREMO ORIENTE.....	70
4. TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA E RUANDA.....	72
5. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	75
CAPÍTULO III	79
A RESPONSABILIDADE DE COMANDO POR AÇÃO E OMISSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS E NOS TRATADOS DE DIH. .79	79
1. A RESPONSABILIDADE DE COMANDO. RESPONSABILIDADE POR AÇÃO. NUREMBERG.....	79
2. RESPONSABILIDADE DE COMANDO - OMISSÃO	84
A. Yasmashita.....	85

B. Julgamentos com base na Lei do Conselho nº 10.....	89
C. Convenções de Genebra de 1949	92
D. My Lai - Vietnan.....	94
E. Protocolo 1.....	98
F. O Tribunal para a ex-Iugoslávia.....	103
<i>a) Celebici.....</i>	<i>106</i>
aa) Mucic	108
bb) Delalic.....	109
cc) Delic.....	110
<i>b) Lasva Valey.....</i>	<i>111</i>
aa) Blaskic.....	111
bb) Zlato Alekovski.....	115
CAPÍTULO IV.....	121
<u>A RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO ESTATUTO DE ROMA- TIPICIDADE</u>	
<u>OBJETIVA E SUBJETIVA.....</u>	121
<u>1. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DE COMANDO, À LUZ DA</u> <u>JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS.....</u>	121
<u>2. A RESPONSABILIDADE DE COMANDO DE ACORDO COM A TEORIA GERAL DO</u> <u>CRIME: CRIME OMISSIVO PRÓPRIO E NÃO HIPÓTESE DE CODELINQUÊNCIA.....</u>	124
<u>A. Estrutura da responsabilidade de comando omissiva- omissão própria de garante,</u> <u>perigo comum e concreto, crime remetido e acessório.....</u>	131
<i>a) Tipicidade objetiva da responsabilidade de comando</i>	<i>135</i>
aa) Posição de garante.....	136
bb) Capacidade Individual de agir e controle efetivo	137
cc) Nexo causal.....	140
dd) Imputação objetiva.....	148
<i>b) Tipicidade subjetiva da responsabilidade de comando.....</i>	<i>153</i>
aa) Sistema continental.....	154
bb) A questão do erro.....	157
<u>3. A OMISSÃO NA COMMON LAW E SUA RELAÇÃO COM A RESPONSABILIDADE</u> <u>DE COMANDO.....</u>	158
<u>A. A tipicidade objetiva.....</u>	158
<u>B. Tipicidade subjetiva da common law - mens rea.....</u>	160
<i>a) Tipicidade subjetiva da responsabilidade de comando no Estatuto de Roma.....</i>	<i>164</i>

<u>4. CONFRONTO ENTRE A DOCTRINA PENAL DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW EM TORNO DA TIPICIDADE SUBJETIVA E A RESPONSABILIDADE DE COMANDO</u>	<u>173</u>
<u>5. O TRATAMENTO DA RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO DIREITO PENAL ALEMÃO</u>	<u>180</u>
<u>CAPÍTULO V</u>	<u>183</u>
<u>CORREÇÕES DE RUMO DA RESPONSABILIDADE DE COMANDO EM FACE DA TEORIA DO DELITO PARA CRIMES OMISSIVOS. PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES.</u>	
<u>CONCLUSÕES</u>	<u>183</u>
1. RESPONSABILIDADE DE COMANDO REVISITADA	183
<u>A. Tipicidade objetiva</u>	<u>183</u>
<u>B. Tipicidade subjetiva</u>	<u>188</u>
2. RESPONSABILIDADE DE COMANDO HOJE, PERANTE O DIREITO PENAL BRASILEIRO	190
<u>A. A responsabilidade de comando no direito penal militar brasileiro</u>	<u>191</u>
3. RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO PROJETO DE IMPLEMENTAÇÃO	199
4. CONCLUSÕES	202
5. SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO CPM E NO ER	205
<u>REFERÊNCIAS</u>	<u>208</u>
<u>APÊNDICE - CONCEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO REFERENCIADOS AO DIPen NO ESTATUTO DE ROMA COMO ELEMENTO NORMATIVO OU NORMA PENAL EM BRANCO</u>	<u>223</u>

INTRODUÇÃO

I. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1. O problema teórico desta pesquisa é o tratamento da omissão em sua tipicidade objetiva e subjetiva no âmbito da responsabilização individual do comandante, disciplinada no artigo 28, "a", do Estatuto de Roma (ER). Impõe-se, nesse dispositivo, que a autoridade superior militar seja responsabilizada penalmente pelo crime praticado por seu(s) comando(s), quando *sabia* ou *deveria saber* que estes estavam cometendo ou pretendiam cometer crimes de guerra ou outros crimes internacionais e tenha se omitido em controlá-los para prevenir a prática dos crimes ou reprimi-la.

A responsabilidade de comando é uma hipótese de responsabilização penal em face de omissão. A primeira discussão que surge da responsabilidade de comando diz respeito ao tratamento da omissão do ponto de vista da tipicidade objetiva. Originalmente, no plano internacional, o tema foi tratado como participação por omissão, e só agora, a partir do ER, é possível vê-lo como crime independente. Mas, ainda assim, nem de longe obedece aos requisitos da omissão própria ou imprópria dentro do sistema continental, sobretudo porque a omissão, que é problema de tipicidade objetiva, vem contaminada com discussões próprias de dolo e culpa.

A comprovação da omissão do comandante na falha de controle da tropa, na dicção das primeiras decisões dos tribunais internacionais, parecia implicar na caracterização automática da tipicidade subjetiva ou *mens rea*, bastando que fosse voluntária para desaguar na responsabilização, pouco importando se dolosa ou culposa. Em um momento posterior passou a ser vista como uma figura criminosa inspirada na negligência e codelinquência. De fato, hodiernamente, não mais se admite que se extraia responsabilização objetiva em crimes internacionais. Porém, mesmo com o abandono da responsabilização objetiva, o tratamento dispensado ao tema continua sendo incompatível com o nosso direito penal. Ora, não se admite participação culposa em crime doloso, como também é impensável que crime culposos tenha a mesma pena abstrata dos crimes internacionais dolosos, da mais extrema gravidade, sob pena de inequívoca ofensa ao princípio da proporcionalidade da pena.

A ofensa ao princípio da proporcionalidade da pena e a inaceitável participação de crime culposos em doloso decorrem da forma como a doutrina internacional penal compreende a tipicidade subjetiva na responsabilização do comandante. No plano subjetivo, essa doutrina, diretamente influenciada pelo direito penal da *common law*, mas não necessariamente com ela guardando integral correspondência, inclina-se por ver, nas duas hipóteses, descrição de *crime culposos*, mesmo, quando o comandante *efetivamente* tem conhecimento do comportamento criminoso em execução ou próximo dessa fase, ou seja, quando (sabe). É que a responsabilidade pode surgir também quando esse conhecimento é presumido, na segunda hipótese, quando (deveria saber), forma de negligência segundo os seus doutrinadores. Presumido no sentido de dolo eventual ou forma culposa, quando comparamos com tipos de redação semelhante na nossa legislação penal.

Tarefa das mais complicadas é saber o alcance dessas expressões dentro da própria *common law* e, pior ainda, quando tentamos comparar com o sistema continental, de onde o

nosso direito penal se originou. Assim sendo, indaga-se logo de início: a exigência de *conhecimento efetivo* ou definitivo da prática delitiva dos subordinados é realmente descrição adequada a crimes culposos no sistema de direito da *common law* e da *civil law*? Na *common law*, *conhecimento efetivo* pode ser equiparado a *conhecimento presumido*? Demonstraremos a dificuldade de se compatibilizar a *mens rea*, ou tipicidade subjetiva, da responsabilidade de comando em face das categorias de tipicidade subjetiva nos dois sistemas de direito.

A punição pelo crime praticado pelo subordinado, em princípio, não ensejaria maiores discussões na primeira situação, *caso fosse visto como descrição de comportamento doloso (dolo direto)* do comandante/omitente, conclusão que se poderia dizer como condizente com a doutrina continental em comparação com tipos com redação semelhante, quando informado pelo *dolo de dano*. Na segunda modalidade, o dispositivo, da forma como está redigido, considerando os princípios de direito penal vigentes no nosso país, como dito, ou é descrição de dolo eventual ou de culpa. Ora, nessa última hipótese, aceitando-se a solução dada pela doutrina em torno do tema, teríamos uma hipótese de codelinquência entre um crime doloso e culposos, isto é, participação culposa por omissão em crime doloso comissivo, ou então se trata de responsabilização objetiva. Em ambas as situações, a solução é incompatível com o nosso direito penal.

Menos afrontoso, então, seria admitir que as expressões “*sabe*” e “*deveria saber*” referem-se às hipóteses, respectivamente, de dolo direto e dolo eventual, em crime omissivo próprio. Porém, ainda assim, a pena abstrata não poderia ser a igual àquela do crime praticado pelo subordinado, mesmo através de solução interpretativa, como veremos no parágrafo seguinte. Sem dúvida, trata-se de descrição totalmente inusitada para o nosso país.

Visto como crime autônomo doloso para as duas modalidades de comportamento, como vamos defender, definido em um tipo omissivo próprio, seria a resposta mais consentânea com a nossa tradição jurídica, mas esse entendimento enfrentaria outras dificuldades. Do ponto de vista da tipicidade subjetiva, teríamos outra discussão: qual a extensão da vontade consciente nesse caso, vale dizer, alcança o crime executado? Somente nessa última hipótese seria admissível punição idêntica a do crime praticado pelo subordinado, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade da pena, pois não se pode admitir que aquele que tem consciência apenas do risco responda com a mesma pena do que agiu com vontade consciente, direta ou eventual, de lesionar de forma efetiva o bem jurídico.

Prevalecendo a doutrina internacional penal, qualquer que seja a solução apresentada, há flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade da pena, na ótica do nosso direito penal, pois o comandante seria punido com a pena do crime doloso praticado pelo subordinado, embora tenha se omitido com estado anímico menos reprovável que o do executor. A não ser que tenha dado assentimento ao resultado, mas, aí, não seria caso de responsabilidade de comando e, sim, de codelinquência, descrita no artigo 25 do Estatuto de Roma.

2. Outro tema relevante no âmbito da responsabilidade de comando é o tratamento do *comportamento condescendente* do comandante em relação ao crime cometido pelo subordinado. A punição prevista no direito internacional é a mesma fixada para o executor. Isso é igualmente inaceitável no direito penal brasileiro, primeiro porque não se admite codelinquência após a fase consumativa do crime; depois, também, em virtude da diversidade de estado anímico, como já apontado, além da ainda mais afrontosa ofensa ao princípio da proporcionalidade da pena. O *projeto de implementação* optou por seguir o ER, como nas legislações adotadas pela maioria dos estados-parte, mas essa é uma orientação que diverge frontalmente do direito penal brasileiro. De igual forma, a tese buscará fornecer elementos para alteração na legislação penal militar nos crimes de condescendência criminosa, de modo a compatibilizar o sistema legislativo nacional frente ao ER.

O projeto em tramitação sobre a implementação do ER trará para o direito interno dispositivos de responsabilidade individual que valerão para as hipóteses de ocorrência de crime internacional, mas o julgamento deve começar, como dito, pela nossa jurisdição. A maioria desses dispositivos é compatível porque trata de responsabilidade em face de cometimento de crime. O problema está na *omissão* – precisamente onde se situa a responsabilidade de comando.

O intérprete brasileiro, isto é, os operadores do direito penal militar, não está preparado para lidar com tratamento penal tão diferenciado da nossa tradição, visto que não possui nenhum paradigma interpretativo em nível interno, legal ou doutrinário, que o leve a admitir tais hipóteses de responsabilização individual por omissão, fora das conhecidas hipóteses de posição de garante na omissão imprópria ou como omissão própria. Isso pode conduzir ao comprometimento da aplicação do Estatuto de Roma em âmbito interno, nessa parte, rejeição aos seus princípios, que se traduzem em compromissos de direito internacional dos conflitos armados assumidos há muito tempo e que, portanto, não poderiam, de modo geral, causar perplexidade alguma. No entanto, mesmo nessas hipóteses, nunca houve preocupação de se construir, no direito penal militar, uma

tutela específica para o direito internacional dos conflitos armados, quanto mais para a responsabilidade de comando.

Mas as dificuldades de compatibilidade na implementação vão além do preenchimento de lacunas. Com a adoção do ER, o intérprete do direito penal militar terá que se deparar com uma realidade nova na teoria geral direito penal, agora influenciada pelo sistema anglo-americano, absorver conceitos e institutos diferenciados do nosso sistema legislativo penal, tal como acontece com a tipicidade subjetiva nesse sistema. Além disso, deverá rapidamente absorver conceitos de Direito Internacional dos Conflitos Armados e adaptar-se ao direito internacional penal influenciado muito mais pelo direito penal da *common law* do que pelo sistema romano-germânico.

Deixar que a jurisprudência solucione as disparidades da responsabilidade de comando diante do direito interno parece-nos uma temeridade, pois são dispositivos de direito penal que demandam o máximo de certeza possível em face da adoção do princípio da legalidade, do qual também deriva a responsabilização individual. É melhor que a matéria tenha tratamento adequado em norma de extensão no CPM e com previsão de tipo omissivo próprio específico. A ausência de prévia descrição de posição de garante do comandante em norma de extensão e a inexistência dessa modalidade de responsabilidade no nosso direito penal são fatores que vão dificultar sobremaneira a sua compreensão; ademais, o projeto de implementação, embora adequado, do ponto de vista da observância do ER, possivelmente não será bastante para aclarar o alcance desse instituto.

Essa lacuna aliada à disparidade entre os sistemas penais da *common law* e continental sobre requisitos objetivos e subjetivos da tipicidade omissiva podem levar à ausência de responsabilização penal interna, para situações em que a comunidade internacional considerar caracterizada a omissão criminosa do comandante. A consequência poderá ser a assunção direta do caso pelo TPI, em hipótese, por exemplo, de crime de guerra ocorrido em conflito armado.

Vejam os então a seguinte hipótese, supondo um quadro de conflito armado em que o Brasil esteja envolvido: imaginemos a ocorrência inequívoca de um crime de guerra, estando já implementado o ER, que funcionará internamente como lei penal militar, tratando o crime de guerra como crime militar, quando o agente for militar. Como seria possível a responsabilização de um comandante que foi *negligente* na condução das operações militares, dando oportunidade para que subordinados praticassem crimes de guerra? A primeira providência do intérprete seria

dirigir-se ao CPM, para o qual estaria vinculada a lei de implementação e, nesse código, não se encontrariam respostas, diante da ausência de tipo com descrição semelhante; modelo de tipicidade subjetiva ajustada a essa lei e, por último, em virtude da impossibilidade da consideração de codelinquência com o executor por falta de liame subjetivo.

Na análise de eventual responsabilidade de comando com o Tratado já incorporado à nossa legislação penal militar, por força de interpretação sistemática, seria inevitável concluir que a expressão “*sabe*” é descrição de dolo *direto* de dano ou de perigo e a expressão “*deveria saber*” deve ser vista como dolo eventual, também de dano ou perigo ou culpa. Fora das hipóteses de dolo de dano, em que o comandante seria tratado como coautor ou partícipe, todas as demais situações, ou seja, dolo de perigo ou culpa, conduziriam a uma punição em total agressão ao princípio da proporcionalidade da pena. Ademais, essas situações vistas dentro da ótica da codelinquência caracterizariam inevitável ofensa ao princípio da legalidade diante da inexistência do liame subjetivo com o executor do crime, o subordinado.

Nesse último aspecto, a solução preconizada por alguns doutrinadores, de descrição de forma de codelinquência, implica admitir-se participação culposa em crime doloso, inaceitável para qualquer país de direito da família romano-germânica. Diante do problema colocado, o mais provável é que o juiz brasileiro considerasse a omissão do comandante *atípica*. É provável que resistisse a aplicar uma norma que determina a mesma punição para quem agiu de forma dolosa, praticando crime gravíssimo, e aquele que, em face desse comportamento, com estado anímico totalmente diverso do executor, omitiu-se. A conclusão de que se trata de *lacuna* para o comandante omissor que não deu assentimento ao crime praticado, seguida de absolvição por atipicidade, traria como consequência a assunção direta do caso pelo TPI, a despeito de ter havido implementação do Tratado. É claro que se poderia subsumir a omissão do comandante exclusivamente à norma de direito internacional penal, como mais um tratado assinado pelo nosso País, ignorando essa disparidade com o nosso direito interno. O problema é que quando o ER ingressar no direito brasileiro através da lei de implementação, deixará de ser visto como tratado internacional e passará a ser mais uma lei penal especial e, como tal, vinculada a nossos princípios de direito penal ínsitos no CPB e no CPM, cuja interpretação é necessariamente sistemática. Impossível, pois, desconsiderar o nosso ordenamento jurídico na atividade interpretativa.

Em vista do problema apresentado, pretende-se oferecer soluções para essas disparidades entre o direito internacional penal e o nosso direito penal militar em matéria de responsabilidade de comando, em nível interpretativo, *de lege lata*, e, principalmente, através de proposta legislativa adequada ao nosso direito, sem perder de vista, no entanto, as exigências do Tratado. Em nosso entendimento, a implementação não será suficiente para introduzir essa modalidade de responsabilização criminal no direito positivo brasileiro. Para essa tarefa, deve-se criar um tipo específico no CPM, *omissivo próprio* e *culposo* de responsabilidade de comando, semelhante ao que fez a Alemanha em sua regulamentação do ER, seguindo, porém, as peculiaridades do nosso direito penal. Faz-se necessário, ainda, introduzir, de forma definitiva, a condição de comandante como garante para os crimes comissivos por omissão, bem como necessárias alterações nos crimes de condescendência criminosa. Apenas dessa maneira a responsabilidade de comando ingressará plenamente no nosso direito penal militar. Pretendemos, portanto, formular soluções para melhorar a implementação do Estatuto de Roma nesse tema.

3. Outra questão surgiu da pesquisa em torno desse tema, quando da análise de casos julgados pela justiça militar em hipóteses de crime militar semelhantes à responsabilidade de comando. Acaso efetivada nossa proposta de alteração no CPM, surgida em virtude do tratamento da responsabilidade individual do comandante, tal como prevista no ER, não apenas estaremos aprofundando a implementação desse Tratado, mas incluindo, no direito brasileiro, hipóteses de omissão do comandante que até então tratávamos como codelinquência em relação ao crime praticado. A realidade tem apresentado situações de omissão de comandantes frente a comportamentos criminosos de seus subordinados, em que é questionável a existência de adesão subjetiva a esse comportamento doloso para se concluir pela codelinquência, cujo efeito é a responsabilização pela mesma prática delitiva, calcada na teoria monista. A condenação do comandante pelo mesmo crime praticado nessas condições é inequívoca ofensa ao princípio da legalidade. Esse risco só pode ser obviado pela criação de um tipo omissivo próprio sobre responsabilização de comandante, adequado ao estado anímico diverso do executor e com pena proporcional, que trará como resultado, do ponto de vista de política criminal, um reforço ainda maior de atenção dos superiores frente a execução de missões por parte de seus subordinados. Do ponto de vista de direito penal interno, ampliará a tutela dos direitos humanos, abarcando hipóteses de responsabilização de comando não previstas atualmente, que conduziriam à impunidade, quando claramente o comandante tiver sido apenas *negligente* na condução da

operação, ou à punição *contra legem* como coautor ou partícipe. Do ponto de vista do direito administrativo militar, reforça a hierarquia e a disciplina.

Mas esse modelo a ser sugerido a final é apenas alternativo, no que diz respeito à implementação do Estatuto perante a legislação penal militar. A comissão redatora do anteprojeto de implementação do Estatuto de Roma optou pela repetição dos dispositivos do Estatuto, como fez a maioria dos países que aderiram ao Tratado, no que diz respeito a praticamente tudo no ER, inclusive quanto à responsabilidade de comando. Mas diante da inevitável interpretação sistemática, o nosso intérprete, em casos concretos, jamais enquadrará comportamentos omissivos de comandantes movidos apenas pela consciência do risco ou negligentes nas hipóteses descritas nas expressões “*sabe*” e “*deveria saber*”. Nosso objetivo é oferecer um projeto de criação de *normas de amortecimento* no CPM que farão a imersão do intérprete nesses novos institutos de direito internacional penal, alcançando a interpretação dada pela doutrina internacional penal: Seria algo como uma meta-implementação. Esse amortecimento implicará, ainda, a alteração do atual modelo de tratamento da responsabilidade penal individual no direito penal militar, introduzindo dispositivo de responsabilidade de comando para hipóteses de crime militar, fora da definição de crime de guerra e outros crimes internacionais, e ampliando as hipóteses de posição de garante do comandante na omissão imprópria.

Objetiva-se com esse trabalho, portanto, propor soluções interpretativas e de *lege ferenda* para superar essas barreiras interpretativas, pois os instrumentos existentes na legislação penal brasileira não autorizam compreender a responsabilidade de comando como hoje concebida. Não obstante, esse instituto estará presente quando o ER for implementado no direito brasileiro, embora com a introdução de um dispositivo criando uma hipótese específica de posição de garante que ameniza, mas não resolve todas as disparidades apresentadas. Para a integral adequação do Tratado ao nosso direito penal, mudanças devem ser introduzidas na nossa lei penal, particularmente na legislação penal militar. Assim feito, o intérprete, notadamente o juiz, poderá compreender esse instituto à luz do direito brasileiro, promover a correta punição, se for o caso, sem agredir o nosso ordenamento jurídico e atendendo adequadamente as exigências do Tratado, sob pena de inviabilizar a responsabilidade de comando, tal como internacionalmente concebida, e, com isso, dar ensejo à instauração da jurisdição complementar do TPI.

II. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E METODOLOGIA

O tema desta pesquisa está relacionado com a disciplina da responsabilização individual penal em crimes de guerra no direito internacional, no que se refere à responsabilidade de comando e sua relação com o direito interno, particularmente o direito penal militar. Inicialmente vamos estudar a responsabilidade de comando no ER, base normativa do Tribunal Penal Internacional (TPI), para só então analisar sua implementação no direito penal militar brasileiro, nos âmbitos legislativo e interpretativo, com o objetivo de superar incompatibilidades entre o sistema legislativo penal nacional e o internacional. Nosso país aderiu ao Estatuto de Roma, ou seja, sujeitou-se à jurisdição do TPI, que tem atribuição de julgar crimes internacionais, isto é, agressão, ainda não definido; genocídio; crimes contra a humanidade e crimes de guerra. A jurisdição desta Corte Internacional é complementar no sentido de que funcionará caso não haja julgamento interno no nosso país em face do cometimento desses crimes ou sendo o julgamento considerado uma farsa. Este Tratado traz vários impactos no nosso direito interno, particularmente no direito penal militar, sobre o qual versa o desenvolvimento desta, a partir do paradigma da responsabilidade penal individual internacional do comandante, cujo tratamento se distancia muito do nosso direito interno, principalmente na forma omissiva. Como o nosso trabalho objetiva a compatibilização do ER com a nossa ordem jurídica a partir do direito penal militar e dentro do tema da responsabilidade de comando, é natural que a pesquisa se volte prioritariamente para as hipóteses de *crimes de guerra*. Essa modalidade de crime internacional guarda relação mais próxima com os *crimes militares*, até porque assim serão tratados quando da efetiva implementação do ER, em caso de ser o ilícito praticado por *agente militar*.

No ER é possível nitidamente antever que a preocupação do legislador internacional diz respeito não apenas aos executores dos crimes internacionais, mas, principalmente, aos mandantes e àqueles que, podendo exercer controle sobre subordinados, se omitiram. Nessa última modalidade, normalmente estão incluídos comandantes militares ou agentes políticos, que podem facilmente invocar razões legais para fugir da punição, como, por exemplo, o desconhecimento da prática delitiva por seus subordinados, ficando, então, imunes a punição, embora não tenham conduzido ou fiscalizado, de forma adequada, a ação da tropa ou, até mesmo, tenham dado assentimento ao crime. A nossa preocupação volta-se primordialmente para os comandantes militares.

É preciso observar que estamos diante de um tratado internacional que impõe, como todo acordo internacional, várias obrigações a nosso país, necessitando ser implementado, independentemente de tratar institutos de forma diferenciada com a nossa tradição jurídica. Como fazer isso, ou seja, como incorporar no nosso ordenamento jurídico um tratado, que dispõe de tipos penais desconhecidos de nosso direito, que terá reflexos no direito penal, com disciplina de institutos de direito penal influenciados por doutrina desconhecida? Sem dúvida, é um grande desafio, que precisa ser enfrentado, pois a jurisdição do TPI sendo complementar pode absorver um caso da competência da nossa jurisdição nacional para situações que nunca antes tínhamos nos deparado, como demonstrado. Em suma, a comunidade internacional não vai levar em conta nossas dificuldades legislativas e doutrinárias de adequação do nosso direito interno a esse Tratado. Em tema de compatibilidade entre tratados e legislação doméstica, prevalece o preceito inscrito no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo o qual “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Mas as dificuldades de compatibilidade na implementação vão além do preenchimento de lacunas. Com a adoção do ER, o intérprete do direito penal militar terá que se deparar com uma realidade nova em termos de direito penal influenciado pelo sistema anglo-americano, absorver conceitos e institutos diferenciados do nosso sistema legislativo penal, tal como acontece com a tipicidade subjetiva. Além disso, deverá rapidamente absorver conceitos de Direito Internacional dos Conflitos Armados e adaptar-se ao direito internacional penal influenciado muito mais pelo direito penal anglo-americano do que pelo sistema romano-germânico.

Deixar que a jurisprudência solucione as disparidades da responsabilidade de comando frente ao direito interno parece-nos uma temeridade, pois se trata de dispositivos de direito penal, que demandam o máximo de certeza possível, em face da adoção do princípio da legalidade, do qual também deriva a responsabilização individual. Melhor que a matéria tenha tratamento adequado em norma de extensão no CPM e com previsão de tipo omissivo próprio específico. A ausência de prévia descrição de posição de garante do comandante em norma de extensão e a inexistência dessa modalidade de responsabilidade no nosso direito penal são fatores que vão dificultar em demasia a sua compreensão, e o projeto de implementação, embora adequado, do

ponto de vista da observância do ER, possivelmente não será suficiente para aclarar o alcance desse instituto.

A abordagem será dogmática, não histórica e não sociológica. A principal fonte legislativa da pesquisa será o ER, que no artigo 8º consagra as hipóteses de crimes de guerra e estabelece, no artigo 28, dispositivos sobre a responsabilidade de comando. No tocante ao direito positivo brasileiro, utilizaremos o Projeto de Implementação desse Tratado, já em discussão no Congresso Nacional, e o CPM como portas de entrada para o estudo da compatibilidade entre os sistemas internacional e interno. A referência aos julgamentos internacionais será histórica e terá apenas função propedêutica, abrindo espaço para a análise dogmática dos institutos diretamente ligados à responsabilidade de comando à luz da teoria do delito, dentro da visão continental do direito penal.

III. ESTRUTURA E ROTEIRO

O roteiro será o seguinte: abriremos a nossa pesquisa com a apresentação da evolução histórica do direito internacional penal a partir dos estatutos dos tribunais internacionais penais, estabelecidos com finalidades pontuais ao longo da história recente, e a positivação da ideia de responsabilização de comando, que ocorreu a partir da jurisprudência dessas Cortes e foi, finalmente, condensada no ER, principal paradigma normativo da nossa pesquisa. Com essa exposição, demonstraremos a aproximação cada vez maior do direito internacional penal com os princípios de direito penal liberal, o que vai permitir, ao final, a leitura da responsabilidade de comando à luz da teoria do delito. No capítulo seguinte, veremos a origem histórica da responsabilidade de comando com especial ênfase nos julgamentos do IMT, cuja construção baseou-se no “*conspiracy*” e na ideia de responsabilidade de entes coletivos. É nosso objetivo ver nesse capítulo como o direito penal anglo-americano serviu de instrumento inicial para a edificação desses institutos, cujos resultados poderiam ser obtidos hoje em dia com a utilização de doutrinas sobre a autoria. No capítulo III, veremos como se deu a positivação da responsabilidade de comando, primeiro por ação e depois como omissão, nos julgamentos internacionais, com ênfase principal na jurisprudência do Tribunal para a ex-Iugoslávia e também nos tratados de DIH, o que sinaliza para um processo evolutivo de forma de codelinquência para crime omissivo próprio. No capítulo IV, a interseção da responsabilidade de comando e o direito internacional penal com a teoria geral do crime já nos permitirá ver a responsabilidade de comando como crime omissivo próprio e assim analisaremos em seus requisitos de tipicidade objetiva e subjetiva, à luz da *common law* e da *civil law*. No último capítulo teremos, então, condições de concluir que o modelo construído de responsabilidade de comando no plano internacional não pode ser admitido plenamente no direito penal brasileiro e que a implementação do Estatuto de Roma deverá vir acompanhada de outras alterações legislativas no CPM. Este último capítulo condensará as sugestões que faremos para que a responsabilidade de comando possa ser assimilada no direito penal militar brasileiro sem disparidades acentuadas com a jurisprudência internacional. Entretanto, como ficará evidenciado, existem lacunas quanto ao tratamento da omissão que necessitarão de preenchimento também no ER para melhor adequação ao direito penal dos países do sistema continental.

Vários temas indiretamente relacionados ao objeto do nosso estudo, sem os quais dificilmente o leitor teria a integral compreensão dos objetivos do presente trabalho, serão tratados no apêndice, como, por exemplo, matérias proibitivas e conceitos contidos no direito internacional dos conflitos armados. Isso nos obrigará a alargar a pesquisa também para o direito internacional. Mas sempre deve ser lembrado que a pesquisa será centrada no campo do direito internacional penal, uma vez que as violações graves do Direito Internacional Humanitário ou dos Conflitos Armados representam, hoje, como dito, crimes internacionais, positivados em dispositivos próprios do ER. Trata-se, pois, de pesquisa de direito penal, particularmente de direito penal militar.

IV. OBJETIVOS DO TRABALHO

A implementação do Estatuto de Roma trará ao nosso direito interno instituto desconhecido da dogmática penal militar brasileira, de extrema importância, não apenas para situações de crimes internacionais, mas até mesmo para problemas que vivenciamos em situações de comandantes omissos frente à tropa que comete crimes. A expectativa da nossa pesquisa é propor normas que complementem o trabalho da implementação já em discussão no Congresso Nacional, nos dois aspectos: de um lado, para adequar esse instituto às exigências do nosso direito penal militar frente ao direito internacional penal, nas hipóteses de responsabilidade de comando previstas no Estatuto de Roma, e, de outro, internamente, no tocante a crimes militares capitulados no CPM, ampliar a tutela penal, alcançando o comportamento omissivo do comandante que não prestou adesão subjetiva ao crime executado pelo subordinado.

CAPÍTULO I

DIREITO INTERNACIONAL PENAL, DIREITO PENAL INTERNACIONAL e TEORIA GERAL DO CRIME

Considerações gerais: *É necessário que o DIPen, dentro da ótica do ER, considerando a sua aproximação cada vez maior com os princípios do direito penal, sofra em seu método de interpretação influência dos princípios de direito penal liberal, o que certamente acarretará perplexidades diante de sua análise feita até agora pela doutrina internacional penal e frente aos julgamentos das Cortes ad hoc. O TPI encontra o fundamento de sua vigência nas jurisdições nacionais, razão pela qual a sua jurisprudência não poderá destoar dos princípios de direito penal liberal, sob pena de comprometer a sua legitimidade. Nesse sentido, o Estatuto de Roma e a responsabilidade de comando nele prevista devem ser compreendidos sob a ótica da teoria geral do crime; do contrário, a submissão ao princípio da legalidade não passará de norma programática. O resultado interpretativo, é de se alertar, poderá não coincidir em muitos aspectos como defendido pela atual doutrina do direito internacional.*

1. A INSERÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL NA TEORIA GERAL DO CRIME

A responsabilidade de comando é tema de Direito Internacional Penal (DIPen), um capítulo do Direito Internacional Público (DIP), mas influenciado pelo direito penal e com esse ramo cada vez mais interagindo, na medida em que as normas do DIPen vão ingressando no direito interno dos países. Quanto mais próximo do direito penal "nacional", mais os seus institutos, entre eles a responsabilidade de comando, sofrem a influência dos seus princípios e métodos interpretativos. Devemos primeiro compreender em que consistem o conteúdo e a origem histórica da responsabilidade penal individual no âmbito internacional, para só então buscarmos a sua interseção com o direito penal.

As consequências práticas que buscaremos extrair sobre os reflexos desse Tratado no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade de comando, estão diretamente relacionadas com o posicionamento do DIPen dentro da teoria geral do direito. Embora subordinado ao DIP, principalmente a partir da vigência do ER e de sua implementação pelos Estados, deverá se conformar sistematicamente aos princípios de direito penal. O DIPen e a responsabilidade de comando, quanto mais próximos do direito penal, mais comprometidos deverão estar com os seus princípios-garantias ínsitos na Constituição Federal (CF) e, de resto,

com o direito interno. Essa constatação não se infere da definição tradicional de DIPen, historicamente voltado para a repressão de crimes internacionais, no âmbito internacional, perante Cortes Internacionais, sem as amarras impostas a todo direito penal pela Constituição, escrita ou não.

Nesse sentido, o DIPen objetivo é composto pelo conjunto de normas que tratam da repressão dos crimes internacionais originados de tratados e que atingem a ordem jurídica das nações ao mesmo tempo, e, portanto, a todos interessa reprimir. Ainda assim, nem toda repressão em nível internacional refere-se a crimes internacionais, sendo matéria do DIPen. Nos códigos penais do mundo todo existem previsões de aplicação da lei penal para crimes ocorridos fora da jurisdição nacional, cuja repressão também interessa a outras nações. São as normas referentes ao *Direito Penal Internacional*, estabelecidas nos artigos 7º do Código Penal Brasileiro e 7º do Código Penal Militar e no DIPen. Esses dispositivos se referem ao direito interno,¹ embora destinados à repressão de crimes, cujos reflexos extrapolam a jurisdição nacional e atentam contra a ordem jurídica de vários países ao mesmo tempo, mas diferem das normas do DIPen, essencialmente voltadas para o âmbito internacional.²

Em que pese a diferença acima, bem observados os artigos 7º do CPB e do CPM, veremos que existem situações que são ao mesmo tempo de DIPen e direito penal internacional, como no caso de genocídio, cujo interesse da lei penal nacional na sua repressão funda-se no

¹ Como acentua Luis Ivani de Amorim Araújo: "6. Ao lado do Direito Internacional Penal, alguns juristas se referem ao Direito Penal Internacional que compreende o conjunto de normas jurídicas que disciplinam, no âmbito internacional, a repressão dos crimes, regulamentando, ainda a cooperação dos estados no combate à criminalidade" Ou, como definiu Guillermo Fierro, "8 *o conjunto de normas que determinan los limites recíprocos de las distintas competencias nacionales en el orden penal y en la obligación de asistencia y auxilio en la represión de la delucuencia que mutuamente se deben entre si los diversos Estados*". De acordo com Franz von Liszt 9, que considera a denominação inapropriada, esse direito comporta "las reglas jurídicas, pertenecientes al derecho nacional, que se refieren al dominio en el espacio de las disposiciones penales nacionales"; acrescentando que nele se encontram "aquellas disposiciones penales que se dictan no para um Estado particular, sino para la comunidad cometida al Derecho de Gentes".

Cf. ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *Direito Internacional Penal: delicta juris gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 154 p. p.7.

² Para Carlos Eduardo Adriano Japiassu, existe apenas o direito penal internacional: "O Direito Penal Internacional é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas. O Direito Penal Internacional estabelece, também, as regras relativas: à aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional."

Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo A. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 16.

princípio da jurisdição universal, instrumento de que se vale também o DIPen. Esse ponto comum entre essas normas já era fator a denunciar a proximidade do DIPen com o direito penal das nações. Agora com mais razão, porque a tendência é que a repressão aos crimes internacionais não se restrinja ao âmbito internacional, mas se inicie internamente, no ordenamento jurídico das nações, ante a complementaridade da jurisdição internacional, pelo menos do Tribunal Penal Internacional (TPI).

O ER, ao tipificar os crimes internacionais, simultaneamente criou um órgão judiciário internacional permanente para julgar esses crimes, o Tribunal Penal Internacional (TPI), de caráter complementar às jurisdições nacionais, de tal forma que a sua jurisdição se sobrepõe à dos países que deram adesão a esse Tratado quando não haja a persecução interna. O DIPen, a partir desse momento, ganhou muito em sistematização e ainda mais proximidade com o direito penal, sobretudo porque objetivou seguir os basilares princípios do direito penal liberal e do processo penal acusatório. Tais fatores aliados às consequências que devem produzir no direito interno dos países a ele vinculados se constituem em forte razão para a sua aproximação cada vez maior com o direito penal, embora o DIP sempre figure como a origem de suas normas. Essa vinculação entre o direito interno e o internacional faz com que a previsão dos crimes no ER siga os princípios que norteiam a criação de tipos no direito penal liberal, além dos princípios e regras atinentes à teoria do delito. No caso brasileiro, por exemplo, esses tipos ingressarão sob a forma de *lei penal especial*, em uma das hipóteses como crimes militares - direito penal especial por excelência - característica que veremos no momento próprio. Não tem sentido que a mesma conduta se amolde ao direito penal em seus princípios e, no nível internacional, esteja totalmente dele dissociado.

2. FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

A única fonte de produção ou material do direito penal moderno, dentro da ótica da família romano-germânica ou sistema de direito continental, é a lei em sentido formal, escrita, criada por Parlamento, seguindo estritamente os princípios-garantias estabelecidos pelo direito penal constitucional. No caso brasileiro, sua fonte de produção é a lei federal (art. 22, I, da CF), normalmente a ordinária. No DIPen, a fonte de produção é também a lei, porém em sentido material, comando geral e abstrato, consubstanciado nos tratados internacionais de direito internacional dos conflitos armados (DICA), com previsão de punição para as suas violações, e naqueles que estabeleceram os Estatutos das Cortes Internacionais e do ER.

O Estatuto de Roma, sem dúvida, é hoje o principal instrumento normativo do DIPen, tendo em vista o seu maior comprometimento com os princípios de direito penal liberal, ao definir de forma exaustiva as figuras delitivas internacionais, no sentido de o intérprete *não* poder acrescentar outras, além de, ainda mais, delimitar os comportamentos em sua tipicidade objetiva e subjetiva através de um documento interno chamado Elementos do Crime.³ Por esse motivo será o nosso principal paradigma normativo de pesquisa e apenas secundariamente os demais estatutos, que guardam muito pouca proximidade com a rígida sistemática da parte geral dos códigos penais do sistema continental, entre eles, a nossa legislação penal codificada.

O costume, os princípios gerais de direito e a analogia somente são admissíveis como fontes integradoras *in bonam partem*, encontrando barreira clara na aplicação do DIPen à luz do ER quando o assunto é incriminação, a começar pelo princípio da legalidade estrita, insito no artigo 22 do Estatuto, tal como acontece com qualquer Código Penal. Frente ao DIP isso não acontece, em especial quando nos deparamos com as suas fontes previstas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. É certo que o art. 21 do ER refere-se à possibilidade de o TPI poder fazer uso do direito nacional dos países que aderiram ao Estatuto, mas isso jamais pode ser admitido para alargar a incriminação, preencher espaços não contidos na norma incriminadora. Antes, pelo contrário, esse dispositivo reforça o compromisso do DIPen com o direito penal

³ Deles fala o **Artigo 9º**:

“Elementos Constitutivos dos Crimes:

1. Os elementos constitutivos dos crimes que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os arts. 6º, 7º e 8º do presente Estatuto, deverão ser adotados por uma maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados Partes.
...
2. Os elementos constitutivos dos crimes e respectivas alterações deverão ser compatíveis com as disposições contidas no presente Estatuto.”

nacional e seus princípios, que, quando utilizado, não terá as suas normas desnaturadas. O DIPen, portanto, do ponto de vista do ER, é tão fechado na incriminação quanto deve ser o direito penal interno de qualquer país, particularmente de constituição escrita.

3. DIREITO INTERNACIONAL PENAL E DIREITO PENAL ESPECIAL

É fundamental para a compreensão da responsabilização penal do comandante no DIP, tal como prevista no ER e sua compatibilidade com o direito brasileiro, em especial o direito penal militar, analisar-se a natureza das ditas normas, isto é, se de direito penal ou internacional. A constatação de que são normas penais, e que seguem, portanto, os princípios de direito penal e as regras de interpretação desse ramo, facilita a compatibilização e a inserção desse Tratado no direito brasileiro e, conseqüentemente, na responsabilidade de comando nele prevista.

O DIPen, diante do grau de sistematização que adquiriu a partir do ER e considerando a experiência dos tribunais internacionais, reúne as condições necessárias para poder ser considerado uma especialização do direito penal, no nosso entendimento, e não apenas um ramo do DIP, como sempre foi concebido, sobretudo porque deverá ter as suas normas internalizadas no ordenamento jurídico dos países a ele vinculados.

A doutrina ainda não vê o tema dessa maneira. Antonio Cassese inicialmente classifica o DIPen como ramo do DIP, mas logo a seguir, quando trata de suas características, prefere concebê-lo de forma híbrida, isto é, um ramo do DIP, porém impregnado de conceitos de direito penal. Esse posicionamento pressupõe ao menos que o DIPen está em vias de adquirir vida própria.⁴ No mesmo sentido é a conceituação de Kai Ambos:

“Por Direito Penal Internacional (DPI) (Völkerstrafrecht) entende-se, tradicionalmente, o conjunto de todas as normas de Direito Internacional que estabelecem conseqüências jurídico-penais 2. Trata-se de uma combinação de princípios de direito penal e de direito internacional. A ideia central da responsabilidade individual e da reprovabilidade de uma determinada conduta (macrocriminal) provém do Direito Penal, enquanto que as clássicas figuras penais (de Nuremberg) 3, em sua qualidade de normas internacionais,

⁴ "It follows that international criminal law is in essentially *hybrid branch of law*. It is public international law impregnated with notions, principles, and legal constructs derived from national criminal law and human rights law. However, the recent establishment of international of international criminal tribunals, and in particular of the ICC, has given a stupendous impulse to the evolution of a corpus of international criminal rules proper. It can therefore be safely maintained that we are now heading for the formation of a fully fledged body of law in this area." Cf. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 19.

devem ser classificadas formalmente como Direito Internacional, submetendo deste modo a conduta em questão a uma punibilidade autônoma de Direito Internacional (princípio da responsabilidade penal direta do indivíduo segundo o Direito Internacional)...”⁵.

A definitiva autonomia do DIPen, segundo o nosso entendimento, advém do ER. O DIPen realmente nasceu do DIP, é visto ainda como dele fazendo parte, mas o nível de sistematização que adquiriu com o ER acarreta necessariamente uma aproximação maior com o direito penal das nações, permanecendo o DIP como origem de suas normas, mas, cada vez menos, impondo seu método interpretativo, restringindo-se à complementação da matéria proibitiva dos crimes internacionais, tal como acontece com as normas penais em branco, ou concentrando seus conceitos jurídicos em elementos normativos no tipo incriminador.

Por outro lado, pense-se, por exemplo, na importância do costume, da analogia e da equidade como fontes do DIP e logo se percebe a dificuldade da construção do direito penal a partir dessas fontes.⁶ Como admitir-se que um tratado ratificado, promulgado e publicado, perante o direito público interno, por si só possa se constituir em lei penal sem direta ofensa ao princípio da legalidade, princípio-garantia previsto na Lei Maior? O nosso país não excepciona, do ponto de vista do princípio da legalidade, crimes internacionais daqueles com previsão apenas em nível interno.⁷ E mais, se é desejo de todos que algumas hipóteses de violação de tratados tenham resposta penal e ao mesmo tempo respeitem os princípios-garantias desse ramo do direito público, isso só será possível se a repressão, no plano internacional, através de Cortes Internacionais, se conformar a esses mesmos princípios. Só assim alcançarão plena legitimidade diante das jurisdições nacionais onde esses princípios estão secularmente incorporados ao direito das Nações.

⁵ Cf. AMBOS, Kai. A construção de uma parte geral do Direito Penal Internacional. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005a. p. 1-31. p. 1

⁶ Essa dificuldade é maior frente ao sistema da *civil law*. Na *common law*, particularmente na Inglaterra, fala-se em tipos penais erigidos pelo costume, desenvolvidos por secular jurisprudência. Aparentemente não existiria reserva legal. Na verdade, ela existe condensada no precedente, que acaba fechando em torno dele a incriminação, tal como acontece com a reserva legal absoluta, através da lei escrita no sistema romano-germânico.

⁷ Ward N. Ferdinandusse refere-se a alguns países que excepcionam o princípio da legalidade quando se trata de crimes internacionais e defende que o princípio não possa se constituir em impedimento para os chamados *core crimes*, notadamente aqueles crimes internacionais que o direito internacional demande persecução. Cf. FERDINANDUSSE, Ward N. *Direct application of International Criminal Law in national courts*. The Hague: TMC Asser, 2006. 322 p.

NT Autor: A tese é interessante, mas de nenhuma aplicação no nosso direito, na medida em que o princípio da legalidade estrita em direito penal previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, não traz nenhuma limitação material para o seu alcance.

Um sistema híbrido de normas, como se tem sustentado, somente poderia ser concebido dentro de uma punição exclusivamente internacional, tal como aconteceu com o Tribunal de Nuremberg. A partir do momento em que essas normas que estabelecem obrigações internacionais, uma vez violadas, implicam em punição internacional e *também* interna, não podemos mais falar em sistema híbrido, pois o sistema interno desconhece essa possibilidade, na medida em que distingue claramente direito penal do internacional, estabelecendo para o primeiro regras próprias de aplicação e interpretação. Essa obrigação de punição interna em vista de compromissos internacionais ingressa no ordenamento jurídico nacional naturalmente na forma de lei. Por sua vez, a punição no âmbito internacional através dos tribunais internacionais acaba sendo contaminada pelos princípios e métodos interpretativos de direito penal, sob pena dessa responsabilização não encontrar eco no direito interno dos países, valendo lembrar que o direito internacional só se legitima se é respeitado pelas nações. E lembre-se também que a responsabilização deve começar no âmbito interno, sendo a responsabilização internacional, no âmbito do ER, exceção quando aquela falha, está impossibilitada de ser desenvolvida, em face de graves conflitos, ou não haja interesse político na sua implementação do ponto de vista do caráter complementar da jurisdição do TPI. Resulta disso, que a responsabilidade de comando deve necessariamente ser vista dentro da ótica de direito penal, de forma eminentemente restritiva, pois implica em incriminação.

Mas esse ganho em legitimidade perante o direito interno das nações também produz consequências em nível internacional. Na medida em que o ER ampliar a sua eficácia no âmbito interno dos países que aderiram ao TPI, certamente mudanças deverão ser inseridas no seu texto para aproximá-lo ainda mais dos princípios de direito penal liberal, sob pena de no futuro haver uma discrepância entre a jurisprudência internacional e a nacional sobre os mesmos tipos penais, vale dizer, mesmo para aqueles que entendem ser o DIPen ramo do DIP, cada vez que ganhar efetividade perante as ordens jurídicas nacionais será inevitável conformar-se ao direito penal, pois na forma desse direito necessariamente ingressará na ordem jurídica dos países que deram adesão ao ER e não terá sentido distanciar-se de seus valores e princípios. Esse é um processo de mão dupla.

E aqui devem ser observadas algumas características do direito penal que vão afetar no futuro próximo o DIPen. O direito penal, como concebido hoje, tem seu marco com as limitações do poder estatal no campo da repressão aos crimes. Neste sentido, só há falar em direito penal

como hoje entendido a partir do Iluminismo, quando o poder punitivo do Estado sofreu limitação de índole constitucional. Mesmo em período de recrudescimento da repressão penal, como vemos atualmente, com verdadeira inflação legislativa em matéria penal e correto pleito de minimização das garantias processuais penais em algumas hipóteses de crimes graves, os claros limites impostos pelo princípio da legalidade não foram abandonados. Estão vivos como nunca, mesmo com novas propostas político-criminais mais duras e expansionistas em face de determinados comportamentos, cada vez mais ameaçadores da organização do Estado e da própria sobrevivência humana (terrorismo, tráfico de entorpecentes, lavagem de dinheiro, crime organizado, graves crimes ambientais e, é claro, os crimes previstos no ER), ao mesmo tempo em que surgem novos bens jurídicos e novos instrumentos da prática delitativa (internet, crimes praticados através de computadores, tutela da intimidade). O DIPen, só recentemente, com o ER, tem acompanhado essa evolução, pois nasceu sem esse compromisso, bastando ver a definição de crimes nos Estatutos das Cortes de Nuremberg e Tóquio, totalmente aberta, além da ofensa ao princípio da anterioridade da lei penal e do juiz natural.

Isso se explica porque o DIP, origem das normas do DIPen, é naturalmente aberto, como visto quando tratamos das suas fontes, porém vai se tornando progressivamente incompatível com o DIPen na medida em que este ramo se aproxima do direito penal, movimento que ocorre com a internalização dos seus preceitos. Outro fator comprovador dessa afirmação: os tratados de direitos humanos se sucedendo no tempo não significa necessariamente que os anteriores estejam automaticamente revogados, pois o que existe é a expansão dos direitos humanos e a prevalência da norma mais favorável,⁸ fenômeno que pode entrar em choque com a regra de sucessão de leis no tempo, particularmente as de natureza penal. Regras de DIP até podem ser edificadas sem tratados, pelo simples costume, algo impensável em direito penal, pelo menos da família romano-germânica, que em hipótese nenhuma admite estabelecerem-se normas incriminadoras dessa forma. A conveniência política dos assuntos internacionais impõe esta maior abertura do direito que o fundamenta, para que pleitos sejam atendidos e conflitos de interesses entre as nações sejam solucionados com mais facilidade. Essa tarefa não se coaduna com o interesse punitivo do Estado fundamentado na lei penal, cuja incriminação reclama interpretação fechada, muitas vezes gramatical, como condição para adequar-se aos princípios-garantias ínsitos na Constituição, principalmente nos países da *civil law* ou sistema continental.

⁸ Cf. TRINDADE, Antônio A. Cançado. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. v. 1. p. 25.

De notar-se que o intitulado direito penal “nacional” tem o mesmo objetivo de tutela de bens jurídicos como estabelecido para a versão “internacional”, de modo que, ontologicamente, não subsiste a distinção entre direito penal do Brasil ou de qualquer outro país ou ainda daquele que será aplicado pelo TPI, cujo Estatuto segue razoavelmente as regras do direito penal moderno, com algumas observações em relação à pena. Quando muito, o que existe, e o ER reflete isso, é o tratamento diferenciado para a definição de crimes, de institutos da parte geral dos códigos penais e o estabelecimento das sanções, de forma peculiar, tendo em vista receber a influência das duas grandes famílias de sistemas jurídicos, a *civil law* e a *common law*, porém, ambas respeitando os princípios clássicos de direito penal, como a legalidade estrita.

Em nossa opinião, antes do ER o que se tinha era a aplicação de normas punitivas de DIP por tribunais internacionais, transitórios e de exceção, com base no direito internacional humanitário (DIH). Isso ocorreu com pouca vinculação à teoria do delito e com comprometimento do princípio da reserva legal, o mais importante princípio do direito penal liberal. No que tange às garantias processuais, claro que o princípio do juiz natural sempre restou prejudicado, justamente porque os julgamentos pelos tribunais *ad hoc*, Nuremberg, Tóquio e os atuais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, foram e estão sendo realizados por tribunais de exceção. Contudo, o devido processo legal e o contraditório certamente foram e estão sendo respeitados. Por outro lado, em Nuremberg e Tóquio, o julgamento, embora tivesse por fundamento violação dos princípios humanitários universalmente aceitos, atingiu apenas as violações cometidas pelos derrotados, dentro de um quadro de criticada seletividade. Pode-se concluir que antes do ER, nos julgamentos pelas Cortes Internacionais, prevalecia, de um lado, seletividade, de outro, pouco ajustamento aos princípios do direito penal liberal.

Visto do ângulo do direito penal interno, o direito penal que será estruturado a partir do ER, após o seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, através de lei ordinária federal, seguirá fielmente os princípios do direito penal liberal ínsito na Constituição. Será, na verdade, uma especialização do direito penal, cuja matéria proibitiva e conceitos jurídicos derivam do DIP, porém, apenas mais um capítulo do direito penal comum e militar. Parte dos crimes terá natureza militar, o que torna indiscutível o caráter de lei penal especial mesmo nas hipóteses de crime da competência da justiça federal,⁹ que visa tutelar bens jurídicos específicos da vida em sociedade,

⁹ A doutrina entende por direito penal especial o aplicado por órgãos jurisdicionais especiais. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 754 p. v. 1. p. 6. Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. 750 p. v.1. p. 8.

situados além da tutela comum, que pode ser vista em qualquer código penal do mundo civilizado ou nas leis extravagantes. Com efeito, na sua essência, será direito penal especial, construído a partir de lei penal especial.¹⁰

Os bens jurídicos regulados pelo direito penal especial são muitas vezes de valoração flutuante, reclamando alteração legislativa que acompanhe essa mudança valorativa por parte da sociedade, o que normalmente não acontece com os bens jurídicos tutelados nos Códigos Penais, por isso mesmo destinados a vigor por um longo tempo. Pode-se citar como exemplo a legislação penal tributária e econômica, as referentes aos crimes falimentares, entorpecentes, economia popular, delitos que já passaram por muitas alterações se considerarmos a vigência do Código Penal de 1940.

Um exemplo talvez possa melhor explicar o nosso posicionamento: alguém cogitaria de lei penal especial para crimes sexuais? As normas penais em torno dessa matéria dizem respeito à tutela que interessa a toda a coletividade, daí porque presente no Código Penal e só recentemente, com a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, tiveram modificação com revogação de crimes, introdução de tipificação nova e alteração de elementares. Quando a matéria diz respeito a grupos de indivíduos e em atenção a específicas relações humanas, melhor que venha regulada pelo direito penal especial, através da lei penal especial. Nesse sentido, é o que ocorre, por exemplo, com o direito penal tributário, o direito penal econômico, direito penal militar, direito penal eleitoral e também o direito penal ambiental. O direito penal especial, na tutela dos bens jurídicos que visa proteger, é regulado por lei específica que muitas vezes dispõe de forma peculiar sobre institutos da parte geral do Código Penal ou mesmo trata de forma diferenciada a penalização.¹¹

Cf. MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 457 p. v.1. p. 26. Este último autor, contudo, acrescenta: "A citada distinção, porém, não encontra apoio na legislação, que se refere genericamente à *legislação* especial como sendo aquela que não consta do Código Penal (arts. 12 e 360). Assim pode-se falar em legislação penal comum em relação ao Código Penal, e em legislação *especial* como sendo as normas penais que não se encontram no referido Estatuto". NT Autor: A nosso sentir, direito penal especial relaciona-se às leis penais especiais, assim como direito penal comum relaciona-se à tutela insita no CP e nas leis extravagantes, que se assemelham às leis penais especiais apenas por estarem fora do CP. A diferenciação será tratada na nota seguinte.

¹⁰ Lei penal especial não se confunde com a lei penal extravagante. Esta se destina ao direito penal comum, enquanto aquela é edificada para tutelar bens jurídicos que estão além da convivência social diária, isto é, diz respeito a situações muito específicas em que o cidadão ou alguns setores da sociedade podem estar eventualmente envolvidos, a demandar um tratamento peculiar pela lei penal, considerando as especificidades das relações e dos valores tutelados. P. Ex: Lei nº 8.072/90, lei de repressão aos crimes hediondos, é lei penal extravagante; enquanto a Lei nº 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, é lei penal especial. Com muito mais razão é lei penal especial o CPM. A distinção é importante em matéria de revogação e sucessão de leis no tempo. Lei penal especial só pode ser revogada por lei penal especial que trata da mesma matéria.

¹¹ Complementando a nota anterior: é por isso que o Código Penal, no artigo 12, determina que as suas regras gerais se aplicam aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de forma diversa. Nesse sentido, a Lei nº

Por outro lado, quando se está diante de lei penal especial, é normal o intérprete fazer uso dos conceitos do ramo a que a dita legislação penal se relaciona, pois a matéria proibitiva vincula-se à sistematização desse ramo do direito, mas isso não torna a legislação penal parte do ramo do direito com que se relaciona. Com efeito, o direito *penal* econômico, o direito *penal* tributário, o direito *penal* do consumidor, entre outros, integram o direito penal, sendo incorreto dizer que são variações do direito tributário, financeiro, econômico, do consumidor etc. O mesmo se deve dizer do direito internacional *penal*. A matéria proibitiva e alguns conceitos jurídicos vinculam-se ao DIP, particularmente o Direito Internacional Humanitário (DIH), mas com ele não se confundem. O fundamento do DIPen é a repressão de comportamentos e ele é tão direito penal especial, que até demanda órgão jurisdicional próprio, o TPI, como acontece com o direito penal militar em relação à justiça militar.

O intérprete, quando se depara com o DIPen, deve centrar-se nos princípios de direito penal, normalmente previstos como garantias constitucionais, e na metodologia própria de interpretação, mas é certo, também, que deverá se valer de conceitos do DIP, particularmente do direito internacional dos conflitos armados (DICA) ou DIH, que condensa grande parte da matéria proibitiva de suas normas. Nada de anormal nisso. Isso acontece no direito penal em duas situações: presença de elementos normativos do tipo referentes a conceitos jurídicos ou extrajurídicos e lei penal em branco.¹² Visto do ângulo do direito penal interno, o ER, com sua vinculação aos tratados de DIH e os bens e pessoas que visa tutelar, assume características de elementos normativos e de lei penal em branco. No primeiro aspecto, grande parte dos seus conceitos, assim, combatentes, pessoas protegidas, bens protegidos, potências neutras etc., situa-

9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, estabelece um sistema de penas próprio, que alcança até mesmo pessoa jurídica, em total oposição ao princípio *societas delinquere non potest* adotado pelo Código Penal. E o que dizer da atual lei de entorpecentes, que retirou as penas privativas de liberdade para o crime de porte para uso próprio. É importante notar que a lei penal especial, do ponto de vista da sucessão de leis no tempo, só pode ser revogada por lei penal especial da mesma índole. Por essa razão é de todo inaceitável que dispositivos referentes ao direito penal militar, por exemplo, possam ser revogados por lei destinada ao direito comum, como se cogitou quando da edição da lei dos juizados especiais.

¹² P. Ex: conceito de documento, ínsito no crime de falsidade documental, art. 297 do CPB, no que diz respeito a elemento normativo referente a conceito jurídico. Já as normas penais em branco implicam em complementação da matéria proibitiva fora do tipo penal incriminador. Classificam-se em normas em sentido estrito, quando a matéria proibitiva é complementada por instância legislativa diferenciada, normalmente inferior a que criou a norma incriminadora, p. ex. a definição de entorpecente nos crimes de que trata a Lei nº 11.343/06, ou em sentido amplo, por ser a complementação oriunda da mesma instância legislativa. Aqui há uma bifurcação, pois se a complementação vier na lei penal, diz-se homogênea e heterogênea se vier em lei ordinária não penal, p.ex, os crimes dos artigos 178, 236 e 237 do CPB. O ER é um tratado internacional e ao mesmo tempo é norma penal em branco em sentido amplo, do ponto de vista do DIP, porque a matéria proibitiva é complementada pelos tratados de direito humanitário. Do ponto de vista interno, quando acontecer a implementação, esta lei penal também será lei penal em branco, pois os tratados, inclusive o ER, complementarão a sua matéria proibitiva.

se nos tratados de DIH; no segundo aspecto, o mesmo acontece quando se refere às violações graves que importam em caracterização de crime de guerra. Caso aprovada a implementação de suas normas no direito brasileiro, o tratamento dos crimes internacionais terá essa característica.

Do ponto de vista da compatibilização entre o direito penal nacional e o DIPen, o entendimento deste último como integrando o primeiro facilita a superação de eventuais diferenças de tratamento sobre seus institutos, na medida em que sendo ambos direito penal, o intérprete pode mais facilmente superar eventuais dissonâncias através da interpretação sistemática a partir da parte geral dos códigos penais, vendo-as não como uma barreira intransponível, mas como tratamento diferenciado sobre determinado instituto ou mesmo inovação, porém em obediência à hermenêutica própria do direito penal. Visto como ramo do DIP, o caminho da compatibilidade é mais árduo, uma vez que não se consegue facilmente suplantar diferenças. Facilmente desagua na rejeição de qualquer inovação em prejuízo da tutela dos direitos humanos, sob o argumento de que se trata de disposição incompatível com os princípios penais constitucionais, a começar porque se trata de norma de ramo diferente, com conteúdo e tratamento incompatível com o método interpretativo do direito penal. Agora, caso se parta da ideia do ER como um conjunto de normas penais, compromissadas com a interpretação própria desse ramo do direito, com certeza, pode esse Tratado não apenas apresentar-se como compatível com o nosso direito, mas até mesmo representar um novo paradigma de direito penal, influenciar futuras mudanças na legislação interna, além, é claro, de estimular a proteção aos direitos humanos.

Com o DIPen tendo como parâmetro o ER, sobretudo se incorporado ao direito interno, pode ser visto como mais uma especialização do direito penal é natural que se possa analisá-lo dentro da teoria do delito, o que faremos a seguir.

4. UMA TEORIA DO DELITO PARA O DIREITO INTERNACIONAL PENAL?

Da forma como o ER está estruturado, entendemos que é possível falar-se em uma teoria do delito para o DIPen.¹³ O Estatuto de Roma, visto sob o prisma da teoria do crime, facilita o entendimento da responsabilidade de comando dentro da perspectiva de direito penal. Ao

¹³ Muito embora a política criminal utilitarista de frear comportamentos criminosos de alta lesividade, e que fundamenta a expansão do direito penal, nesse contexto incluindo-se o direito internacional penal, pareça, à primeira vista, renunciar à ideia de teoria do delito.

consagrar a possibilidade de responsabilidade individual direta no plano internacional, embora complementar, é natural que esse corpo normativo passe a ter uma parte geral própria,¹⁴ que, por sua vez, necessita ser estruturada de forma lógica e sistemática, tarefa que só pode ser executada com as ferramentas fornecidas pela teoria do delito. É bem verdade que o ER não condensa todo o DIPen, mas é o instrumento normativo internacional voltado à repressão de crimes internacionais mais comprometido com os princípios de direito penal liberal. A conceituação de crime à luz do ER parte da ideia de conduta humana livre que desencadeia um resultado proibido, sujeita à responsabilização subjetiva, além, é claro, das limitações ao poder punitivo, notadamente o princípio da legalidade estrita. Estão presentes os requisitos mínimos sobre o qual se debruça a teoria do delito.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, “Chama-se “teoria do delito” à parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação, mas atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente “em tornar mais fácil a averiguação da presença ou ausência do delito em cada caso concreto”.¹⁵ Dessa forma, dentro da perspectiva do direito penal continental, para se concluir que um determinado comportamento é criminoso, deve-se indagar da estrutura analítica que compõe o conceito formal de crime, hoje pacificada em três elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Essa indagação, como esclarecem os autores acima mencionados, não é feita de forma arbitrária, mas sob uma ordenação lógica, que, por óbvio, começa pela tipicidade, no sentido de descrição do comportamento desvalorado. O DIPen é bastante influenciado pelo direito penal anglo-americano, em que o delito, ao contrário do que acontece com o sistema continental, é estruturado simplesmente em “ofenses” e “defenses”, o que pode ser visto no ER quando, nesse último aspecto, engloba os tipos permissivos, mas isto não impede que possa ser visto de acordo com a teoria do delito do direito penal continental, como tentaremos fazer a partir de agora. Na verdade, a estrutura da teoria do delito nesses países vem

¹⁴ Sobre isso Cf. MANTOVANI, Ferrando. The general principles of international criminal law: the viewpoint of a national criminal lawyer. *Journal of International Criminal Justice*, nº 1, p. 26–38, 2003.
Cf. AMBOS, Kai. Remarks on the general part of International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, nº 4, p. 660-673, 2006.

¹⁵ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997. p. 385.

se aproximando bastante do direito penal continental a partir de alterações recentes do direito penal norte-americano, como veremos no momento próprio.

O ER fornece elementos seguros para sustentar-se a sua adequação à teoria do delito, possuindo normas mínimas que são encontradas em qualquer código penal, nele podendo-se divisar com facilidade os elementos analíticos do conceito de crime, isto é, a tipicidade e a antijuridicidade, que compõem o conceito formal de crime, e a culpabilidade como juízo de reprovação. O ER define o comportamento criminoso não apenas quando descreve os crimes e no detalhamento por ocasião do documento interno intitulado "os elementos do crime", mas também quando trata da responsabilidade individual, no artigo 25, claramente comprometida com a adoção da teoria monista e a exigência de que a codelinquência somente seja punível quando o crime for ao menos tentado¹⁶, à exceção da hipótese de genocídio para o qual a letra "e" do item 3, d), prevê a punição de quem *incitar, direta e publicamente, à sua prática*.

Esse dispositivo dá os contornos adequados ao comportamento comissivo. Quanto à omissão, vem ela estabelecida apenas claramente no artigo 28, que é o centro de nossas preocupações, ensejando discussão sobre se se trata de hipótese de codelinquência a implicar participação por omissão ou definição de crime omissivo próprio. É imprescindível, nessa última hipótese, a contribuição da teoria do delito. Pode-se afirmar, com segurança, que o ER possui normas próprias da parte geral de qualquer código penal. Entretanto, deve-se levar em consideração que é fruto do encontro até então impensável entre dois sistemas de direito, o da família romano-germânica ou *civil law*, e da *common law*, com visões técnicas diferentes sobre a teoria do delito. Mas o resultado é adequado, sobretudo porque segue os princípios constitucionais penais, comuns às duas famílias do direito.

De plano, estabelece o artigo 23 com a rubrica lateral *nulla poena sine lege*: "Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto". Os crimes estão definidos nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º, a saber: genocídio, crimes contra a humanidade e de guerra. As disposições sobre os comportamentos delituosos são exaustivas e complementadas, como dito, pelos elementos do crime, previstos no artigo 9º. No

¹⁶ Isso pode ser visto nas alíneas "b": ordenar, solicitar ou instigar a prática desse crime, sob a forma consumada ou sob a forma de tentativa; "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. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso..."

art. 24, o Estatuto consagra o princípio da não retroatividade e do *in dubio pro reo*¹⁷ e no art. 66 a presunção de inocência.¹⁸

No artigo 25, item 3, letra "f", trata da tentativa, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.¹⁹ Ainda na tipicidade, no plano subjetivo, art. 30, refere-se ao comportamento doloso. Trata das hipóteses de erro. Detalha convenientemente os casos de codelinquência. É exaustivo quanto às eximentes e dirimentes.

Peca com relação à pena, não quanto à possibilidade de pena de prisão perpétua, mas porque foge do rigor da individualização abstrata, que recomenda o estabelecimento de pena mínima e máxima em cada tipo penal,²⁰ mas isto não compromete o respeito ao princípio da legalidade. Alguns dispositivos no CPM também não têm previsão de pena mínima, seguindo a opção do legislador de 1969 de fazer previsão específica sobre limites da individualização abstrata na parte geral do Código Penal.²¹

A teoria do delito não se preocupa apenas com os elementos analíticos que compõem o conceito formal do crime. Na verdade, a indagação primeira volta-se para a conduta, pois o direito se destina à regulação da conduta humana. Embora o direito penal não altere o conceito da conduta humana, porque ontológico, pré-jurídico, forçoso concluir que toda ciência humana capta algo de peculiar desse fenômeno, de tal sorte que a visão da conduta humana a partir da

¹⁷ Art. 24. **Não retroatividade *ratio personae*.**

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto do inquérito, acusada ou condenada.

¹⁸ **Art. 66 Presunção de inocência:** 1. Toda pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o tribunal, de acordo com o direito aplicável. 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado. 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

¹⁹ **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".

NT Autor: Considerando que os dispositivos sobre responsabilidade individual, aparentemente o Estatuto adotou a teoria do domínio do fato e a teoria objetiva-individual em matéria de tentativa, ao contrário do direito penal brasileiro no qual predomina o entendimento de que o Código Penal adota a teoria formal-objetiva. Tal como acontece com o nosso direito penal, os atos preparatórios claramente são impunes.

²⁰ O art. 77 prevê que o máximo de pena privativa de liberdade é de 30 anos, e no item 2 prevê, ainda, a pena de multa e perda dos **producta sceleris**.

²¹ **Mínimos e máximos genéricos**

Art. 58. O mínimo da pena de reclusão é de 1 (um) ano e o máximo de 30 (trinta) anos; o mínimo da pena de detenção é de 30 (trinta) dias e o máximo de 10 (dez) anos.

psicologia é diferente da sociologia, que, por sua vez, não é a mesma do direito. E no direito, particularmente no direito penal, existem também divergências, isto é, modos distintos de ver o comportamento humano por correntes de penalistas influenciadas por pensamentos filosóficos dominantes em determinado momento histórico. Dessa forma, existe uma visão positivista da conduta, como também existe uma visão ontológica, mais moderna, chamada de "finalismo", ou teoria finalista da ação. Existem, também, outras correntes, como a teoria social, que pouco influenciou o direito penal, e, contemporaneamente, o funcionalismo penal, que guarda muita relação com as normas do Estatuto, pelo fundamento expansionista.

Um bom método para a compreensão do ER à luz da teoria do delito é compará-lo com a estrutura da legislação penal dos países que deram adesão ao Tratado. Vejamos o caso do nosso país. Como se sabe, o nosso código penal é bastante influenciado pelo pensamento finalista, o que pode ser constatado no tratamento do erro. Muitos dispositivos do ER são compatíveis com essa visão de conduta. Certamente, quando se edificou o Estatuto, os seus criadores não tiveram a preocupação de seguir uma orientação filosófica sobre qual teoria do delito fundamentaria as normas penais que estavam construindo, mais provável que nem tivessem uma preocupação sobre teoria do delito, sobretudo porque o DIPen sofre influência mais direta do pensamento pragmático do direito da *common law*. Mas quando se deseja estudar a compatibilidade desse instrumento internacional com o direito interno, é inevitável que isso ocorra a partir da ótica dogmática do direito penal nacional, no sentido dos países que deram adesão ao Tratado, ainda mais se o direito desse país é originário da *civil law*.

Assim sendo, a partir da perspectiva da teoria do delito como vemos no nosso direito penal, do ponto de vista da conduta, pode-se dizer que as normas que compõem a parte geral do Estatuto apresentam características compatíveis com a visão finalista, mas o pensamento positivista também se faz presente, até porque exerce muita influência até hoje no direito penal dos países da *common law* e os países dessa família do direito foram os primeiros a fornecer subsídios para a edificação do DIPen.

Vejamos, então, como a imputação é vista pelo ER. Imputação em direito penal não se contenta com a mera atribuição de um fato a uma pessoa. Implica em valoração de um comportamento, que nos remete à análise de alguns institutos típicos de direito penal, que compõem a chamada tipicidade objetiva, tais como, nexos causal, tratamento do erro, consumação e tentativa, e dentro desse tema, desistência voluntária, arrependimento eficaz e crime impossível,

além da tipicidade subjetiva. Com o ER isso não é diferente e todos esses temas são tratados, ainda que no viés da *common law*.

O artigo 25, que trata da responsabilidade individual, não fez previsão sobre nexo de causalidade, nem omissão imprópria. Tais lacunas devem ser preenchidas por ocasião da reforma do Estatuto, como demonstraremos ao longo de nosso trabalho. O artigo 25 do ER deverá passar por profunda reforma se o desejo é que o DIPen ganhe efetividade perante o direito interno das nações, pelas razões que veremos no decorrer da nossa pesquisa, intimamente relacionadas com o tema da responsabilidade de comando.

O tratamento do erro no ER, por exemplo, tem semelhanças e diferenças com o nosso sistema. É um tema muito importante, pois a sua disciplina sistemática denuncia a forma como o legislador penal vê a conduta humana e a partir daí como edifica os institutos de direito penal. O ER optou pela dicotomia erro de fato e erro de direito, típica de códigos causalistas, como acontecia na parte geral do CP de 1940 ou com o atual CPM no artigo 36.²² Atualmente, por força da redação do artigo 20 do CPB, que trata do erro de tipo, o erro direcionando-se à conduta alcança não apenas o fato que compõe os elementos descritivos do tipo incriminador, mas também os elementos normativos.²³ Por essa razão, fala-se hoje em erro de tipo e erro de proibição, este último referindo-se à falta da consciência da ilicitude do fato. Mas é de se assinalar que mesmo com a opção pelo erro de fato, e não o que afeta os dados essenciais da figura típica – erro de tipo-, a sua incidência no ER também afasta o dolo do tipo. Esse tratamento é coerente com a visão finalista,²⁴ que influenciou bastante o direito penal brasileiro e de outros países.

O erro de tipo afasta o dolo porque o estado anímico necessariamente compõe o tipo incriminador, na medida em que a estrutura legal de crime, ao descrever um comportamento desvalorado, necessariamente alcança a vontade final que o impulsiona. Não se pode conceber comportamento relevante para o direito penal dissociado da vontade. Para o finalismo, o dado

²² **Erro de fato:** CPM Art. 36: É isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por erro plenamente escusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.

²³ Afirma Assis Toledo: ... “Erro de tipo será, com efeito, todo erro ou ignorância que recai sobre circunstância que constitua elemento essencial do tipo legal. Pouco importa que essa circunstância sobre que recai o erro seja fático-descritiva ou jurídico-normativa...”. Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 362 p. p. 279.

²⁴ **Art. 32 Erro de fato ou Erro de direito:** 1. O erro de fato só excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime.

ontológico da conduta humana sobre o qual repousam os elementos analíticos do crime e deve ser construída a teoria do delito é a vontade final a que todo comportamento humano se direciona. A partir dessa ideia, de que a vontade final é o dado sobre o qual deve o direito penal iniciar a construção sistemática de seus conceitos, propõe as conhecidas mudanças no conceito analítico de crime, tais como, a transferência do dolo da culpabilidade para a tipicidade, posto que a descrição de um comportamento é a descrição de um comportamento movido pela vontade final, cuja análise não pode ser postergada para outro momento.

Apesar da adoção pelo Estatuto pela dicotomia erro de fato e erro de direito, típica do causalismo, na essência esse tratamento do erro é adequado ao finalismo. É que está dito que a sua incidência afasta o dolo no erro de fato. Interessante notar que também no erro de direito há o afastamento do dolo, o que aparentemente distancia-se da visão finalista ao optar claramente pelo *dolo normativo*. O dolo normativo é integrado pela consciência da ilicitude. Isso é típico das teorias do dolo e não das teorias da culpabilidade,²⁵ próprias do finalismo, que tratam a consciência da ilicitude (potencial) como elemento independente integrando a culpabilidade, que, uma vez não estando presente no comportamento, determina o afastamento da culpabilidade e não do dolo *natural*.²⁶ A responsabilidade de comando, por ser modalidade delitativa, pode ser

²⁵ **Art. 32 Erro de fato ou Erro de direito:** 1. O erro de fato só excluirá a responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime. 2. O erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal não será considerado fundamento de exclusão de responsabilidade criminal. No entanto, o erro de direito poderá ser fundamento de exclusão de responsabilidade criminal se eliminar o dolo requerido pelo crime ou se decorrer do art. 33 do presente Estatuto”.

²⁶ Como afirma Luiz Flávio Gomes: “Com a teoria finalista da ação, nascem as chamadas teorias da culpabilidade, a extrema, extremada ou estrita (...) e a limitada (...), que se caracterizam por destacar a consciência do injusto não como integrantes do dolo do tipo (teorias do dolo), mas, sim, como pré-requisito autônomo da culpabilidade. O dolo (natural) passa a fazer parte do tipo de injusto. O erro do agente que recai sobre os elementos constitutivos do tipo e que afeta o dolo chama-se erro de tipo; já o erro do agente que recai sobre a consciência do injusto ou da ilicitude chama-se “erro de proibição e não afeta o dolo, sim, tão somente a culpabilidade”.

Cf. GOMES, Luiz Flavio. *Erro de tipo e erro de proibição: a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação*. São Paulo: RT, 1992. 152 p. p. 70-71.

NT Autor: A diferença entre as teorias limitada e extrema dá-se tão somente no tratamento das discriminantes putativas. Para a teoria limitada, pode haver discriminante putativa fática ou “jurídica”, isto é, por exemplo, o indivíduo pode agir na crença que está se defendendo de uma agressão, *de fato inexistente*, art. 20, § 1º, do CP, ou então também motivado por uma legítima defesa inexistente, haja vista que errou quanto ao requisito normativo da legítima defesa - *injusta agressão* - hipótese em que estaríamos diante de um erro de proibição indireto, art. 21 do CP.

Cf. ainda em JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. 750 p. v.1. p. 317.

Cf. MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 457 p. v.1. p. 205.

A teoria extrema da culpabilidade trata toda discriminante putativa como erro de proibição. É a opção de Zaffaroni e Pierrangeli (1997, p. 620-621). NT Autor: Realmente, quem supõe estar em legítima defesa, por exemplo, ao disparar contra o suposto agressor, age dolosamente, razão pela qual é incoerente tratar essa hipótese como erro de tipo que afasta o dolo. Melhor ver-se nessa situação a possibilidade de não reprovação da conduta. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997. 893 p. p. 620-621.

afastada pelas duas modalidades de erro como veremos no capítulo IV, quando trataremos da tipicidade subjetiva.

O posicionamento sistemático da consciência da ilicitude pode se dar no interior do dolo, por isso chamado de dolo normativo, explicado pelas chamadas teorias do dolo, intimamente relacionadas com a visão causalista da conduta: a teoria estrita do dolo, que defende a consciência da ilicitude do ponto de vista atual, e a limitada, admitindo ser potencial. Para a primeira teoria, o fato ou é doloso ou culposo, nesse último caso se o erro de proibição for vencível, ou seja, se existir consciência potencial da ilicitude e houver previsão de crime culposo, estando presentes os requisitos do tipo culposo; para a segunda, havendo potencial consciência da ilicitude, logo ela existiu no caso concreto, pois o agente tinha condições de conhecer o caráter ilícito do fato. O erro de proibição, nesse caso sendo evitável, o agente responde pelo crime doloso, com o dolo atenuado.²⁷

Embora no CPB exista a dicotomia erro de tipo e erro de proibição, cuja descrição é mais próxima da teoria limitada da culpabilidade, ainda assim é sustentável a tese do dolo normativo excluído também pelo erro de proibição,²⁸ que, por sua vez, afastaria a culpabilidade *psicológico-normativa* da visão causalista. É a chamada *teoria modificada do dolo*.²⁹ Parece mais defensável esta última teoria. Primeiro porque o dolo normativo é mais compatível com a ideia de

²⁷ Cf. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. 687 p. p. 646-654. Cf. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: el hecho punible*. Madrid: Edersa, 1982. p. 183-185. Cf. JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981, 696 p. v. 1. p. 622-624.

Cf. BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1981. p. 252-265.

²⁸ Para Jescheck o tratamento do erro de direito como excluindo o dolo deveria ser alterado no ER: "... as a complement to mistake of fact, mistake of law (Article 32(2)) arise where the defendant recognizes the objective meaning of his or her action, but errs as to its legal quality (e.g. a soldier shoots an enemy soldier who as surrendered). In accordance with Anglo-American criminal law, article 32(2) of the ICC Statute deems a mistake of law relevant only "if it negates the mental element required by such a crime". In truth, mistake of law is not concerned with the elements of crime, but rather with the unlawfulness of the conduct in a given situation. To construct mistake of law correctly, a provision would have to read roughly as follows:

A mistake of law is a ground for excluding criminal responsibility if it negates knowledge of the unlawfulness of the act, the factual situation of which is known. Such mistake is ground for mitigation of punishment, if the author should have known the unlawfulness of the act.

The correct provision in dealing with mistake of law should be introduced by an amendment adopted according to Article 121 of the Statute.

Cf. JESCHECK, Hans Heinrich. The general principles of International Criminal Law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 2, p. 38 – 55, 2004. p. 47.

comportamento criminoso do que a concepção do dolo natural desvinculado da consciência da ilicitude. Em segundo lugar, deve estar tanto no tipo como na culpabilidade, tanto assim, que o art. 59 do CPB, ao estabelecer as circunstâncias judiciais, por óbvio que não afastou desse juízo aspectos subjetivos do comportamento, até porque se refere aos motivos do crime. A culpabilidade ali referida, muitas vezes, consta das sentenças criminais na referência à revogada disposição sobre a intensidade do dolo ou grau da culpa, que deveria ser ressuscitada.

No caso do ER, ao admitir o afastamento do dolo pelo erro de direito, o fez dentro de um contexto de consciência **atual** da ilicitude verificada no caso concreto. O Estatuto parece adotar a *teoria estrita do dolo*, que pressupõe dolo normativo. Ausente a consciência atual da ilicitude, seria possível apenas a punição por crime culposo, cuja existência encontra amparo no artigo. 30, quando o excepciona para eventuais tipos informados por estado anímico diverso do dolo³⁰. A teoria estrita do dolo era a preferida por Everardo da Cunha Luna, que também se referia à teoria modificada do dolo como possivelmente adotada pelo artigo 21 do CPB.³¹

Ainda em sede de tratamento do erro, o Estatuto não tem previsão sobre as descriminantes putativas, nem de forma isolada, tampouco, como seria de se esperar, dentro da disciplina do erro. Dessa forma, aquele que agir na certeza de que está amparado, por exemplo, pela eximente da legítima defesa, em face de má apreciação da situação fenomênica ou por má compreensão da ilicitude do comportamento, estará amparado, em tese, pelo erro de fato ou erro de direito. A descriminante putativa é uma situação de erro de tipo e/ou de proibição, conforme a

²⁹ Como acentua Wessels (1980): “*La teoría rígida del dolo es afirmada aún hoy en forma modificada*; em lo que a contenido y sitio del dolo se refiere, no hay unanimidad, por cierto, em sus partidarios: mientras Schmidhäuser (...) añade al tipo de lo injusto tan sólo los hecho y de lo injusto como características de la culpabilidad, Langer, que fue discípulo suyo (...) [El delito especial], 1972,...) identifica la característica de la culpabilidad por dolo com la simple conciencia de lo injusto, dándole así a la voluntad de actuar y a la conciencia del hecho la categoría de elementos de lo injusto. También diferente es el punto de vista de Otto (,,), que considera que la voluntad de la conducta, el conocimiento de las circunstancias de hecho (conciencia del hecho) y la conciencia de lo injusto pertenecen, como “conciencia del carácter nocivo social”, al tipo subjetivo de lo injusto, y así distingue la llamada *conciencia de la antijuridicidad* que ha de pertenecer al ámbito de la culpabilidad y consistir em el conocimiento de que se infringe una *disposición penal*. Estas distintas formas de la teoría del dolo no pueden coincidir con la ley”.

Cf. WESSELS, Johan. *Derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 131.

Luiz Flávio Gomes também descreve a teoria em questão.

Cf. GOMES, Luiz Flavio. *Erro de tipo e erro de proibição: a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação*. São Paulo: RT, 1992. p. 48-50.

³⁰ Os elementos do crime referente ao tipo do artigo 8 (2) b (xxxvi) têm descrição semelhante à responsabilidade de comando, ou seja, no recrutamento de menores exige-se que o autor soubesse ou devesse saber que se tratava de menores de 15 anos. O TPI teve oportunidade de analisar essa tipificação no caso Lubanga já referido e ressaltou o caráter culposo desse delito, cujo estado anímico é semelhante à responsabilidade de comando e abrangido pela fórmula “salvo disposição em sentido contrário” do artigo 30 do ER.

³¹ Cf. LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. 403p. p. 238, 268-269.

doutrina que a legislação penal seguir. Diante da lacuna, forçoso concluir que a discriminante putativa no Estatuto pode ser fática ou jurídica, dentro dos dispositivos referentes ao erro, ou então o TPI deverá se socorrer do direito interno dos países que o integram, na conformidade do artigo 21 do ER. Esse recurso não é válido para incriminar, tendo em vista a expressa submissão ao princípio da legalidade.

Com relação à ilicitude, as causas "reais" de sua exclusão estão previstas em conjunto com as excludentes de culpabilidade, no art. 31, seguindo a tendência pragmática do direito anglo-americano que, por sua vez, influencia o direito penal em tempos de globalização. Do ponto de vista da ciência jurídico-penal continental, seria falta de sistemática, mas não impede que se possa separar aquilo que foi tratado em conjunto nesse dispositivo, sob a rubrica de causas de exclusão da responsabilidade criminal. Com efeito, a letra "a" refere-se à clássica exclusão da culpabilidade pela inimputabilidade por doença mental ou deficiência mental, claramente optando pelo sistema biopsicológico, o mesmo se podendo dizer da letra "b" ao se referir a estado de intoxicação, afastando a embriaguez voluntária; na letra "c" está prevista a causa de exclusão da ilicitude da legítima defesa, na primeira parte e, na segunda parte, uma situação de estado de necessidade para crimes de guerra; a letra "d" trata, na primeira parte, de coação moral irresistível por força de ameaça ou agressões físicas; a obediência hierárquica vem prevista no artigo 33. A deficiência clara de previsão de tipos permissivos, aliada à falta de sistemática e de tratamento técnico dos institutos, pode ser suprida pelo socorro ao direito das nações que deram adesão ao Estatuto, como está dito no item 3 do artigo 31, que, por sua vez, remete ao já referido artigo 21.

É grande a influência que o direito penal da *common law* exerceu sobre o DIPen e o direito penal desses países, cuja visão pragmática não tem uma preocupação tão grande com a teoria do delito, de acordo com os parâmetros do sistema continental. A pouca preocupação de seus doutrinadores com a divisão sistemática do crime se reflete na doutrina sobre a conduta, que é mínima e normalmente apegada à visão causalista, com exceção de autores modernos. O tratamento do tipo subjetivo - dolo e culpa - e também da conduta do ponto de vista objetivo, nesse último caso, notadamente a omissão, vem contaminado por essa diferença de tratamento, e muitas vezes é nítida a dificuldade de separar tipicidade subjetiva e objetiva, como veremos no capítulo seguinte. Não que estejam errados os seus doutrinadores, mas é a forma como a doutrina desses países vê o direito penal, daí decorrendo reflexos na legislação e nos julgamentos penais. Somente em momento muito recente pôde ser encontrado, nos Códigos Penais norte-americanos,

por exemplo, definição de dolo e culpa, porém dificilmente existe previsão para o tratamento do erro, nexos de causalidade, tampouco delimitação normativa das situações de posição de garante nas hipóteses de comissão por omissão, justamente o tema central da responsabilidade de comando.

Como o direito penal da *common law* foi a principal fonte de consulta para a redação dos Estatutos das Cortes Internacionais, faz-se necessária a demonstração da doutrina anglo-americana para melhor se compreender a diversidade com o sistema continental e a partir daí tentar adaptá-lo à nossa realidade. Em suma, é possível ver a responsabilidade de comando sob o ângulo do direito penal continental sem distorcer o instituto, mas, para isso, melhor que se rediga uma norma de amortecimento fora da lei que fará desse Tratado uma lei penal especial no nosso país. Essa é a proposta que faremos na conclusão de nosso trabalho.

Por ora, vamos analisar a responsabilidade de comando à luz do DIPen, a partir da sua raiz histórica, a fim de encontrar a conformação atual do instituto no ER. Posteriormente, veremos a sua fundamentação no direito penal anglo-americano e o tratamento que o nosso direito penal dispensa ao tema para só então atingir o nosso objetivo de procurar a necessária compatibilidade desse Tratado com o nosso direito interno, dentro da perspectiva da responsabilidade de comando.

CAPÍTULO II

A RESPONSABILIDADE DE COMANDO NAS CORTES INTERNACIONAIS.

Considerações gerais: *Iniciaremos este capítulo pela origem histórica remota e próxima da responsabilidade de comando. Nesse último caso, nossa atenção se volta para os julgamentos das Cortes de Nuremberg e Tóquio, por ocasião da Segunda Guerra Mundial. Ressaltaremos os dois institutos encontrados nos Estatutos dessas duas Cortes e de sua jurisprudência, responsáveis pelos primeiros contornos da responsabilidade de comando: o “conspiracy” e a “responsabilidade de entes coletivos” do regime nazista. Veremos também como a responsabilidade de comando se consolidou nos Estatutos do ICTY, do ICTR e do ICC, porém, ainda dentro de uma abordagem histórica. Na segunda parte do capítulo, quando tratarmos do conspiracy e da responsabilidade de entes coletivos no Estatuto do IMT, iniciaremos o confronto com o direito penal anglo-americano e continental, nesse último caso comparando-se com a nossa legislação penal, para buscarmos os primeiros fundamentos de direito penal do atual tratamento dispensado à responsabilidade de comando.*

1. ORIGEM HISTÓRICA³²

A responsabilidade de comando tem a sua origem remota na responsabilidade individual penal em virtude de violações de normas do direito de guerra estabelecidas por algumas nações para valer nos seus limites territoriais. No âmbito internacional, só foi possível concebê-la após a superação da ideia de soberania ilimitada dos Estados e, posteriormente, com a admissão da presença do indivíduo no âmbito internacional, a partir do surgimento das Cortes Internacionais.³³

³² Sobre a evolução histórica da responsabilidade de comando:

Cf. CRYER, Robert. General principles of liability in International Criminal Law. In: MCGOLDRICK, Dominic. *The permanent International Criminal Court*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 316-325.

Cf. JIA, Bing Bing. The doctrine of command responsibility revisited. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 1-42, 2004.

Cf. O' BRIEN, Edward J. The Nuremberg principles, command responsibility, and defense of Captain Rockwoo. *Military Law Review*, v. 149, n. 4, p. 275-291, 1995.

Cf. LANDRUM, Bruce D. The Yamashita war crimes trial: command responsibility then and now. *Military Law Review*, n. 149, p. 293-301, Summer, 1995.

Cf. LANGSTON, Emily. The superior responsibility doctrine in International Law: historical continuities, innovation and criminality: can East Timor's special panels bring militia leaders to justice? *International Criminal Law Review*, Netherlands, v. 4, n. 2, p. 141-183, 2004. p. 145-165.

³³ Cf. FERREIRA, Marielle. A criação do Tribunal Penal Internacional e a evolução do direito internacional face ao princípio da soberania, *Cena internacional*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 153-172, 2001.

A instalação das Cortes Internacionais consagrou em definitivo a presença do indivíduo no âmbito internacional como sujeito de direito,³⁴ em face da prática de crimes internacionais, ao mesmo tempo em que podem ser consideradas o principal marco de surgimento do DIPen. A responsabilidade de comando acompanhou esse processo histórico de responsabilização pela prática de crimes de guerra e foi inicialmente concebida em razão de comportamento ativo e depois na forma omissiva, que interessa mais de perto nessa pesquisa.

O marco histórico da responsabilidade de comando é a responsabilização penal individual decorrente de crimes de guerra, em um primeiro momento estabelecido internamente por uma ou outra nação.³⁵ Posteriormente, em algumas hipóteses, a tutela ingressou no nível internacional. A responsabilização de comandantes e condutores da política de guerra inaugurou esse processo de internacionalização da repressão aos crimes de guerra. O primeiro relato de julgamento “internacional” foi o do Príncipe Peter Vom Hagenbach da Áustria, em 1474,³⁶ embora não se possa dizer que nesse momento se tenha instituído um verdadeiro Tribunal Internacional, porquanto ainda não existiam Estados, como concebemos hoje. É no século XX, mais precisamente após a Primeira Guerra Mundial, que a comunidade internacional tentou pela primeira vez instituir uma Corte Internacional para julgar criminosos de guerra, isto é, indivíduos que violaram de forma grave o DIH, cujas normas, é bem verdade, ainda não impunham de forma clara a responsabilização penal em nível internacional.

³⁴ Não há como negar o pioneirismo do direito internacional humanitário nesse tema. A velha soberania estatal absoluta cedeu espaço para a presença do indivíduo no cenário internacional através do DIH. Na verdade, isso ocorreu primeiro como objeto de proteção nas primeiras convenções, ainda no século XIX, e depois pela possibilidade de cometer delitos no plano internacional. No plano cível, ressalta Cançado Trindade o direito de petição individual perante as Cortes Internacionais. Para ele: “...Foi precisamente neste contexto de proteção que se operou o *resgate histórico* da posição do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade processual internacional”.

Cf. TRINDADE, Antônio A. Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., 2000, Brasília. **Anais...** Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. p. 5- 6.

³⁵ Por exemplo, a responsabilidade penal de oficiais estabelecida por Charles VII de Orleans, em 1439, em face de crimes praticados por subordinados.

³⁶ Edoardo Greppi anota que o julgamento estaria mais relacionado hoje ao conceito de crime contra a humanidade: “...the case is extremely interesting for several reasons. While it is not easy to establish that the acts in question were war crimes, since most of them were committed before the formal outbreak of hostilities, at the time (as today) the borderline between war and peace was difficult to distinguish and more “fluid” than in latter centuries. In any case, Breiscah had to be considered as occupied territory. Moreover, even if it is difficult to classify these acts as war crimes, they can nevertheless be considered as early manifestations of what are now known as “crime against humanity” (...).

Cf. GREPPI, Edoardo. The evolution of individual criminal responsibility under International Law. *International Law Review*, n. 835, p. 531-553, 1999.

Quando se chegou à conclusão de que algumas violações de tão graves importavam em agressão a toda a comunidade de nações, iniciou-se o processo de internacionalização dessa responsabilidade penal, primeiramente através do princípio da jurisdição universal em face dos crimes internacionais.³⁷

Mas a jurisdição universal é pouco eficiente para promover a punição dos crimes internacionais, particularmente o de guerra. Esbarra sempre na possibilidade de o agente do crime - comumente políticos e militares de alto escalão - ficar imune de julgamento perante a jurisdição de seu país de origem. Ao mesmo tempo, já estava superada a ideia de que os males da guerra deveriam ser imputados apenas ao Estado, logo, inexistindo punição aos indivíduos que agem em seu nome. Outro fator também decisivo para a instalação de Cortes Internacionais foi a ampliação dos conflitos atingindo de forma ainda mais grave a sociedade civil, após Napoleão, com o caos da beligerância ganhando dimensão muito além dos combatentes no cenário da batalha, diante do progresso tecnológico militar.

O processo histórico de instalação das Cortes Internacionais foi precedido da proscrição do recurso à beligerância como um direito dos Estados, uma continuação da política internacional, que só aconteceu no século XX. Fundamental, também, foi a decisão de se limitar ainda mais o uso da força, até a consagração como crime do seu uso excessivo em algumas hipóteses. Isso aconteceu ainda no século XIX com os tratados internacionais partindo ainda do pressuposto da licitude da guerra, como instrumento de política internacional. Esse conjunto de normas era chamado de Direito de Haia. Ou seja, com o fim da Primeira Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a tentar criar mecanismos de direito internacional para proscrever o *"jus ad bellum"* (direito de ir a guerra), ampliar o *"jus in bellum"*, bem como organizar os Estados de forma a criar um organismo internacional que harmonizasse a política internacional com o objetivo de prevenir conflitos armados e zelar por essas limitações ao uso da força. Surgiu então a Sociedade das Nações (SDN), criando o ambiente político internacional necessário para implementar a responsabilização individual de autores de crimes internacionais perante a própria comunidade internacional e não apenas no âmbito interno das nações, onde muitos criminosos até poderiam ser considerados heróis.

³⁷ Segundo Bassiouni, a aplicação do direito internacional penal para indivíduos, em face da prática de crimes internacionais, iniciou-se pelo crime de pirataria. Cf. BASSIOUNI, Cherif. *Crimes against humanity in International Criminal Law*. The Netherlands: Kluwer Academic Press, 1992. 820 p. p.192-199.

Durante a Primeira Guerra Mundial, o direito de guerra, condensado nas Convenções de Haia, simplesmente não fazia menção à repressão penal relativamente à violação de seus preceitos. No máximo, previa indenização, como no artigo 3º da Convenção relativa às leis e costumes da guerra terrestre:

“**Art. 3.** La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será respnsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.

Após a Primeira Guerra Mundial, em 1918, os vitoriosos tentaram sem êxito instituir uma Corte Internacional para julgar os principais criminosos de guerra, cuja lista era encabeçada pelo Imperador Guilherme II. O soberano germânico jamais foi julgado porque a Holanda recusou-se a entregá-lo.³⁸ Mais tarde se arrependeria dessa decisão com a invasão de seu território pela mesma Alemanha no conflito seguinte. A lista dos réus foi-se reduzindo, de forma que ninguém foi punido. Mas um empecilho ainda impedia a formação de uma Corte Internacional Penal. Não estava, naquele momento, plenamente delimitado o conceito de crime de guerra como violação internacional. O Direito de Haia fornecia as primeiras regras positivadas em tratados de limitação do uso da força, mas, como dito, nada dizia quanto à repressão penal à violação de suas normas, principalmente porque foram redigidas em uma época em que o recurso à guerra era lícito. Ou seja, o ambiente político internacional era favorável à responsabilização penal individual de criminosos de guerra, mas o arcabouço jurídico disponível era muito limitado para esse objetivo.

Com o Protocolo de Genebra de 1925, a Convenção de Genebra de 1929, além do Tratado de Washington, ampliaram-se as restrições ao uso da força, porém sem a adequada resposta penal. Somente em casos isolados, como prisioneiros de guerra, foi feita previsão de responsabilização penal. Como ponto positivo, estabeleceram-se regras mais claras de proteção às pessoas não envolvidas no conflito.³⁹

Fundamental, também, era proscrever o direito pleno de ir à guerra, pressuposto inicial de todas as violações praticadas durante o conflito. Do ponto de vista do uso da força, expressão hoje utilizada como o equivalente ao “*jus ad bellum*”, limitações surgiram também com o Pacto

³⁸ Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, maio/ago. 2002.

³⁹ Cf. GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13-58.

da SDN, muito tênues, é verdade, pois não proibiam de forma absoluta o recurso à guerra. Somente com o Pacto de Kellog-Briand, de 27 de agosto de 1928, o direito de ir à guerra foi definitivamente proscrito e a sua criminalização, passo seguinte, malogrou com a tentativa de punir o Imperador Guilherme II através de julgamento internacional já referido. O objetivo de responsabilização penal em nível internacional só foi alcançado com as Cortes Internacionais de Nuremberg e Tóquio, na grande guerra seguinte.

Não demorou muito e eclodiu uma segunda guerra mundial, ainda mais devastadora, de 1939 a 1945, com as mais graves consequências para a sociedade civil que a história já registrou. Por outro lado, a SDN mostrou-se totalmente incapaz de coibir o recurso à força, sobretudo porque as principais nações a abandonaram, como os Estados Unidos da América e a própria Alemanha. A isso se acrescentou um cenário internacional de pouquíssimos regramentos que impusessem sanções em caso de violação do DIH. O pouco que existia estava sujeito à cláusula “*si omnes*”,⁴⁰ de modo que os acordos só vinculavam na medida em que todos os envolvidos no conflito estavam obrigados. Como isso não, aconteceu estava aberto o caminho para o massacre da população civil. Além disso, o arcabouço jurídico internacional continuava muito lacunoso em termos de proteção para uma máquina de guerra tão devastadora, o que dizer da pretensão de criminalização internacional.

⁴⁰ Sobre a cláusula *si omnes*, trazemos à colação a nota 13 do artigo de nossa autoria : “13 Conforme lembra o Min. Francisco Resek: “A Convenção de Haia de 1907, como sabem foi contaminada pela cláusula *si omnes*, por um artigo comum a elas 13, que era uma cláusula que dizia: tudo isso vale no contexto de uma guerra cujos participantes sejam, todos eles, signatários da Convenção. Se um deles não o for, a Convenção não se aplica. Resultado: a entrada da Libéria na primeira grande guerra foi pretexto bastante para que a Alemanha declarasse que as Convenções de Haia não operavam mais, em função da cláusula *si omnes*. Na segunda grande guerra, a Itália, também não-parte nas Convenções de Haia, ao entrar, justificou o uso- pela Alemanha de novo – desse mesmo argumento: temos aí um corpo estranho ao âmbito das Convenções; estas não mais se aplicam; a guerra é livre, vale tudo” Cf. SIMPÓSIO SOBRE DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO. Brasília: MRE, 1998. apud PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Direito humanitário: novos horizontes. In: ENCONTRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, 1., 2001, Brasília. *Anais...* Brasília: ESMPU, 2001. p. 121-134.

NT Autor: O contrário disso hoje é a regra prevista nas 4 Convenções de Genebra, p. ex: Art. 51 G1: “Nenhuma Alta Parte Contratante poderá desobrigar-se a si própria nem desobrigar uma outra Parte Contratante das responsabilidades contraídas por si mesma ou por outra Parte Contratante por motivo das infrações previstos no artigo anterior”.

2. A CORTE MILITAR INTERNACIONAL - TRIBUNAL DE NUREMBERG (INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL - IMT)

A instalação das Cortes Internacionais é o momento mais importante da consolidação do DIPen. Existiam, antes disso, algumas regras de direito internacional penal merecedoras de tutela penal, porém com previsão de incorporação apenas no âmbito interno dos Estados. Com a instalação das Cortes *ad hoc*, efetivamente, esses crimes ganharam conotação de violação que interessa a toda a comunidade das nações. Mas esse ganho veio acompanhado de um déficit. É que a internacionalização desses graves crimes acabou se distanciando das garantias principais do direito penal liberal e do processo acusatório, isto é, do princípio da legalidade e do juiz natural, respectivamente, daí porque ainda era cedo, a nosso aviso, para sustentar-se a consolidação definitiva do DIPen.

Não condiz com o direito penal liberal a criação de normas incriminadoras posteriores ao fato, e, do ponto de vista processual, o estabelecimento de uma jurisdição permanente é exigência do processo penal moderno, posto que a jurisdição para o caso é tribunal de exceção, a negação desse princípio basilar, cujo melhor exemplo é o próprio tribunal de Nuremberg. Da mesma maneira que antes da Revolução Francesa não tínhamos direito penal como entendemos hoje, o DIPen, que se instaurou com Nuremberg, é mais um direito internacional repressivo, que tenta se conformar com os princípios de direito penal. Direito penal só se concebe diante de limitações ao poder punitivo. Por esse motivo, somente teremos o DIPen ajustado aos princípios de direito penal com o Estatuto de Roma, como veremos no momento próprio.

Mas Nuremberg é o começo, é a realização de um objetivo de prevenção de surgimento de novos tiranos. Como toda ideia de prevenção geral negativa e especial é questionável, mas como ideia de prevenção geral positiva, no sentido de afirmação da norma penal, nada mais correto.⁴¹ O compromisso do DIPen é com a repressão da violação dos princípios fundamentais do DIH e também da proibição de uso da guerra como instrumento de política internacional, regra que até hoje não está totalmente consolidada, pelo menos do ponto de vista da tutela penal.

⁴¹ Sobre o conceito de prevenção:

Cf. GOMES, Luiz Flavio. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 1.037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

Cf. MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o Direito Penal do inimigo*. 2006. 327f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 114-147. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2009.

Nesse contexto, os vencedores da Segunda Guerra Mundial resolveram punir os violadores das regras humanitárias consolidadas nos valores consagrados nos tratados e nos costumes internacionais. Mas essas fontes continuaram extremamente lacunosas para fundamentar uma repressão penal internacional. As mudanças introduzidas nos tratados de DIH após o fim da Primeira Guerra Mundial foram muito tênues para limitar o uso da força, estabelecer regras claras de proteção aos não combatentes e, o que é mais importante, fazer previsão de tipos penais aos violadores dessas normas.

Em que pese o déficit normativo decidiu-se por levar adiante a ideia da instalação de uma Corte Internacional diante de tantos horrores praticados pelos condutores da política de guerra, do lado oposto. E foi feito, tendo por base material um direito positivo lacunoso e um instrumento processual que afrontava todas as garantias de direito penal e processual penal, consolidadas séculos antes. Para começar, o órgão judicial era uma Corte de Exceção, mas preferível, é verdade, a proposta russa de fuzilar os vencidos sem nenhum julgamento. Pior que isso, ficaram de fora os massacres praticados pelos vencedores: Hiroshima e Nagasaki, Dresden, entre outros episódios. Se o objetivo era punir o desrespeito ao direito humanitário já era de estranhar a presença da ex-URSS, que assinou um pacto de não agressão com a Alemanha e, portanto, indiretamente foi responsável pelo início da expansão militar nazista, além de ter igualmente cometido agressão contra a Finlândia. Além do mais, patrocinou crimes parecidos, entre eles, a famosa chacina de Katyn,⁴² quando foram mortos milhares de militares do exército polonês.

Do lado dos vencedores, portanto, também se praticaram crimes de guerra, de tal forma que se os aliados tivessem perdido, certamente, as potências do eixo trariam para o banco dos réus os seus líderes e generais⁴³.

⁴² Cf. ZASLAVSKY, Victor. The Katyn Massacre: "Class Cleansing" as Totalitarian Praxis. *Telos*, n. 114, p. 1-67, Winter, 1999.

⁴³ Nas palavras de Bassiouni: "The post-WWW II were essentially for the defeated, leading many commentators to call these prosecutions "victor"s justice. No member of the Allied forces was ever prosecuted for a war crime. No one

A criação do IMT foi concebida em manifestações de vontade das potências aliadas durante o conflito, notadamente na Declaração de Londres, de 13 de janeiro de 1942. Porém, foi na Declaração de Moscou, de 1º de novembro de 1943, que os EUA, a URSS e o Reino Unido, principais aliados, firmaram as bases definitivas para julgar os criminosos de guerra do lado vencido.⁴⁴

No Ato Constitutivo do Tribunal Militar Internacional está dito no artigo 1º que é objetivo desta Corte: “julgar os criminosos de guerra cujos crimes não tenham localização geográfica precisa, quer sejam eles acusados individualmente, quer a título de membros de organizações ou de grupos, quer a esse duplo título”.

Então se percebe que a regra era a punição em nível local, no que concerne aos crimes executados no solo de cada nação aliada onde as atrocidades foram perpetradas.⁴⁵ O IMT deveria

raised the issue of war crimes or crimes against humanity for the deliberate bombing of the city of Dresden, which had no military value, and which resulted in the killing of 35.000 civilians. Not much question was raised about the atomic bombings of the civilian cities of Hiroshima and Nagasaki, which resulted in an estimated 250.000 victims who died of the attack, and countless others who died after the attack from atomic radiation, not to mention those who suffered from it and survived. The attack on Dresden was politically motivated and personally sanctioned by Winston Churchill as retaliation over the German bombings of Coventry and other civilian targets in England at the beginning of the war. But retaliation, as well as other forms of reprisals against protected targets such as innocent civilians, is impermissible under the Law of armed conflict. The atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki were also in violation of the laws of armed conflict, but they were motivated by the desire to bring the war to an end, and thus to save American lives, even at the cost of taking Japanese civilian lives, notwithstanding a clear violation of the laws of armed conflict.”

Cf. BASSIOUNI, Cherif. *The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik*. Georgia: Georgia State College of Law, 2006. p. 9-10. Disponível em: http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf Acesso em: 27 maio 2009.

NT Autor: Vale lembrar que as normas de proteção à população civil, incluindo a restrição às represálias, eram de detalhamento muito menor à época, além de vigorar a cláusula *si omnes* já referida.

⁴⁴ Cf. GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 69. Cf. NEIVA, Adelmy Cabral. Tribunais militares internacionais. *Revista Forense*, ano 83, v. 300, p. 451-457, out./dez., 1997. p. 432-453.

⁴⁵ Winston Churchill em suas memórias assevera que o desembarque alemão na Ilha de Creta foi o episódio que motivou essa ideia: “... Mais de 5 mil soldados ingleses e do Império foram deixados em algum lugar de Creta e autorizados pelo General Wavel a capitular. Muitos indivíduos, entretanto, dispersaram-se pela ilha montanhosa, que tem 160 milhas de comprimento. Eles e os soldados gregos foram socorridos pelos aldeões e pelos camponeses, que eram implacavelmente punidos todas as vezes que eram descobertos. Houve represálias bárbaras contra camponeses inocentes ou corajosos, que foram fuzilados em grupos de vinte ou trinta. Foi por essa razão que, três anos depois, em 1944, propus ao Conselho Supremo de Guerra que os crimes locais fossem julgados *in loco* e que os acusados fossem recambiados para julgamento nas mesmas regiões. Esse princípio foi aceito e algumas das dívidas vencidas

cuidar dos condutores da política de guerra, que deram fundamento a execução local desses crimes e, de fato, tendo em vista o modo como conduziram a política de guerra, não se podia vincular o comportamento desses atores dentro de específica região do globo.

O que na verdade se intentava punir era a própria política de extermínio do regime nazista com a novidade de colocar no banco dos réus o Estado não por ele próprio, mas através de seus representantes.⁴⁶ Isso acabava por firmar a presença do indivíduo como sujeito de direito internacional, tornando o agente político responsável pelo comportamento que antes era atribuído a uma entidade que, por ser fictícia - o Estado - não podia ser punida a não ser civilmente. Conduzir uma política internacional violando direitos humanos em conflito armado passaria a ser crime internacional. O passo seguinte dado na atualidade é também considerar crime a condução de uma política interna que também viole de forma grave direitos humanos. É o que assegura o Estatuto de Roma quando trata da previsão dos crimes contra a humanidade e a possibilidade de cometimento de crimes de guerra em conflito armado não internacional.

A definição dos crimes está no artigo 6º e trata de 3 acusações: crimes contra a paz, o que se chamaria hoje de crime de agressão; crimes de guerra, isto é, violações de leis e costumes da guerra, e crimes contra a humanidade. A definição de crime de agressão e de crimes contra a humanidade é dada pelo próprio Estatuto do Tribunal. Trata-se de escancarada lei *ex post facto*. O mesmo não se podia dizer dos crimes de guerra. Já existia suficiente matéria proibitiva nos tratados e normas consuetudinárias de DIH sobre condução de hostilidades a fundamentar a incriminação.⁴⁷ De fato, embora lacunoso, existia um suficiente embasamento jurídico internacional para a punição de crimes de guerra, visto que os tratados entre as duas guerras sinalizaram para a necessidade de punição dos violadores dos seus preceitos, mas de forma pouco

foram pagas”.

Cf. CHURCHIL, Winston S. *Memórias da segunda Guerra mundial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. 534 p. v. 1. p.506.

⁴⁶ Como anota Helmut Quaritsch: “... Dal punto di vista del diritto penale non é possibile condannare una persona in rappresentanza del suo ceto, di um intero gruppo sociale, adattando in tal modo a um procedimento penale del XX secolo concezione arcaiche di capri espiatori. Ma i processi di Norimberga non avevamo soltanto la funzione di punire lê colpe in individuali, bensí anche quella di servire a scopi politice...”

Cf. QUARITSCH, Helmut. *Carl schmitt- risposte a norimberga*. Roma: Laterza, 2006. p. 19.

Embora a observação tenha sido feita aos julgamentos em Nuremberg seguintes ao IMT, são válidas também para os processos relativos aos grandes criminosos de guerra, com mais razão, aliás.

⁴⁷ Anota Joanisval Brito Gonçalves que “a definição de crimes de guerra é o mais admissível dos encargos, uma vez que as infrações aqui apresentadas em sua maior parte já integravam os diversos estatutos penais do continente, bem como foram objeto de Convenções como a da Haia, de 1927, e a de Genebra, 1929...” Cf. GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 383 p. p. 131.

vinculante, porque direcionado apenas para o âmbito interno das nações e com tutela muito limitada de bens jurídicos. E é bom lembrar que a tutela na lei penal militar dos países envolvidos no conflito voltava-se muito mais para a proteção da tropa do que propriamente para o que ela viesse a cometer no teatro de operações contra pessoas e bens protegidos. O nosso CPM é um bom exemplo disso, e sequer dispõe de capítulo específico sobre violações ao DIH, embora edificado muito tempo depois da Segunda Guerra Mundial.

Quanto aos crimes contra a humanidade e o de agressão, realmente não se tem dúvida de que a enumeração dos delitos é originária. Não havia embasamento no direito internacional para que se considerasse tais comportamentos como crimes internacionais. Assevera Hannah Arendt:

“... A Carta criava jurisprudência para três tipos de crimes: “crimes contra a paz”, que o tribunal chamou de “supremo crime internacional ... na medida em que contém em si mesmo o mal acumulado do todo”: “crimes de guerra”, e “crimes contra a humanidade”. Destes, só o último, o crime contra a humanidade, era novo e sem precedentes. A guerra agressiva é pelo menos tão velha quanto a história escrita, em embora denunciada como “criminosa” muitas vezes antes, nunca havido sido reconhecida como tal em nenhum sentido formal. (Nenhuma das justificativas para a jurisprudência da Corte de Nuremberg têm muito a seu favor. É verdade que Wilhelm II foi indiciado perante um tribunal dos poderes Aliados depois da Primeira Guerra Mundial, mas o crime de que foi acusado o ex-imperador alemão não era a guerra, mas o desrespeito aos tratados – e especificamente, a violação da neutralidade belga. É também verdade que o pacto Briand-Kellog de agosto de 1928 proscreeu a guerra como um instrumento de política nacional, mas o pacto não continha nem um critério de agressão nem uma menção a sanções – além do fato de que o sistema de segurança que o pacto deveria instaurar havia entrado em colapso antes da guerra) ...”⁴⁸

Por essa razão, excetuados os crimes de guerra, os réus estavam sendo acusados com base em um direito novo surgido do Estatuto do IMT em vista de um fato pretérito.⁴⁹ Isso é inaceitável do

⁴⁸ Cf. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999. 336 p. p. 277.

⁴⁹ Em vão foi o trabalho da defesa do Mal. de Campo Erich Von Manstein desenvolvida pelo oficial da reserva da Marinha de Guerra Britânico Reginald T. Paget para demonstrar o absurdo da imputação por crimes de guerra a partir de um direito novo criado pelo Estatuto do IMT e pela Lei do Conselho nº 10 instituída para a punição em nível local, na Alemanha ocupada: “Assim fundamentado, aleguei que as ações imputadas a Manstein não constituíam, à luz do Direito Internacional, ilícitos penais, e que seria um dever do tribunal aplicar aquele direito, deixando de lado a legislação do pós-guerra criada em Nuremberg. Os tribunais internacionais e os juízes americanos guiaram-se por uma lei estatutária que fora considerada, nos termos do Édito Real, não aplicável aos tribunais militares.”

Cf. PAGET, Reginald. *Manstein: campanhas e julgamento*. Rio de Janeiro: BIBLIEX, 1999. p. 145.

NT Autor: Por exemplo, os guerrilheiros fuzilados pelas *Wermatch* não tinham proteção adequada perante o direito internacional vigente na Segunda Guerra Mundial, pois eram considerados combatentes ilegais. Tratando-se de combatentes com amparo ou não no DICA, hoje, essa atitude não tem sustentação jurídica diante das disposições do

ponto de vista do direito penal, mas qual a outra opção? Fuzilamento sumário, que também é negação dos direitos consagrados historicamente? Esse direito novo teria que nascer de qualquer forma, ainda que através de uma Corte de Exceção. Sem embargo, visto sob o prisma de que esta Corte Internacional estava compromissada com os valores fundamentais da convivência humana, e deixando-se o termo “penal” apenas para reforçar essa tutela, válido foi o esforço desenvolvido pelos vencedores no sentido de dar prevalência aos direitos humanos. Mas não se diga que se tratou de um julgamento típico de jurisdição penal.

Nesse momento, a punição dos principais criminosos de guerra foi muito influenciada pelo direito penal da *common law*. O principal incentivador da ideia de criação de um julgamento internacional para os dirigentes nazistas foram os Estados Unidos e trataram de concretizá-la tendo como inspiração o seu direito interno. A base dessa responsabilização seria um tipo penal pouco conhecido à época pelos países de direito continental, o *conspiracy*. Esse tipo penal se ajustava ao objetivo de punição coletiva, para a qual seria decisiva também a consideração como criminosa de algumas das principais instituições nazistas. Nenhum desses instrumentos era de conhecimento do DIP à época.

A. Conspiracy

Levando em consideração que o objetivo maior era a condenação de uma política internacional de prática de atrocidades desenvolvida por dirigentes políticos e militares de alta patente, como então efetivar a imputação? Tratando-se de agentes gestores do Estado, dentro do senso comum, aparentemente não se consegue encontrar nexos subjetivo entre o condutor dessa política e quem está executando o comportamento violador, dada a distância do primeiro em relação aos fatos, a não ser em caso de ordem direta. Para se esquivar de qualquer responsabilidade, o acusado, principalmente dentro de uma hipótese de omissão, argumentará que desconhece os executores e as ações praticadas, embora tenha sido o seu mentor.⁵⁰ Essa condução de política abominável, no que tange ao massacre de minorias étnicas, por outro lado, veio

artigo 45 do P1 e da própria possibilidade do guerrilheiro ser considerado prisioneiro de guerra em conflito armado internacional, à luz do 42 da GIII, desde, é claro, que possa distinguir-se no combate. Deve-se registrar também o excelente artigo de Sven Peterke que critica a absurda decisão dos EUA de considerar os Talibãs na Guerra do Afeganistão como combatentes ilegais.

Cf. PETERKE, Sven. Terrorism and the applicability of International Humanitarian Law: the Majahir case. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 2, n. 6, p. 99-109, jan./mar. 2003.

⁵⁰ Do ponto do nosso direito penal, na verdade, está presente o liame subjetivo com o executor, pois não é necessário ajuste para o reconhecimento da coautoria.

misturada com outras ações de Estado, normalmente lícitas, a dificultar ainda mais separar comportamentos lícitos de criminosos. Além do mais, não se apresentava como na criminalidade associada que vemos nos noticiários de jornais, em que alguém determina ou se omite de forma consciente sobre determinado objetivo criminoso executado por outro. Ou seja, as regras sobre responsabilidade penal individual não poderiam ser facilmente aplicadas aos gestores do Estado nazista e mesmo hoje em dia, em recentes massacres, como aconteceu na ex-Iugoslávia. A saída para a doutrina naquele momento era apelar para a *responsabilização coletiva*, com claro comprometimento do princípio da responsabilidade individual.

Nesse sentido, a primeira solução encontrada para a punição dos planejadores dessas graves violações aos direitos humanos foi a utilização do conceito de conspiração, “conspiracy”, crime de concurso necessário, retirado do direito penal da *common law*, particularmente do direito norte-americano, resultando na punição isolada da associação criminosa, desvinculando-a dos fatos praticados por outros agentes que atuaram dentro do núcleo do tipo, os executores, algo semelhante ao nosso crime de formação de bando ou quadrilha, previsto no artigo 288 do CPB.

Assim disciplinava o artigo 5º do Estatuto do IMT sobre essa espécie delitiva:

O Art. 5º *in fine* do Estatuto do IMT estabelece que:

“Os dirigentes, organizadores, provocadores ou cúmplices, que tomaram parte na elaboração ou execução de um *plano concertado*, ou de um conluio para a execução de qualquer um dos crimes acima definidos, são responsáveis pelos atos praticados por quaisquer pessoas, na execução desse plano”.

O crime de *conspiracy* é uma hipótese de *inchoate offense*⁵¹ no direito penal da *common law*, em oposição à punição completa do crime, que nós chamamos de consumação. Integram também esta categoria a tentativa (*attempt*) e a incitação (*incitement*). A conspiração e o incitamento, no direito penal brasileiro, são hipóteses de crime de perigo abstrato (arts. 286 e 288 do CPB), situações de antecipação da tutela penal. A tentativa é apenas interrupção da fase de execução, não sendo tratada como um delito.

Vejam, então, a definição de *conspiracy* no direito anglo-americano a partir, por exemplo, do CP do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos, para ver a sua relação com o equivalente no Estatuto do IMT:

§ 182. Conspiracy defined

(a) If two or more persons conspire:

⁵¹ Cf. MOLAN, Mike; BLOY, Duncan; LANSER, Denis. *Modern Criminal Law*. 5. ed. London: Cavendish, 2003. p. 131.

(1) *To commit any crime*

(2) Falsely and maliciously to indict another for any crime, or to procure another to be charged or arrested for any crime.

(3) Falsely to move or maintain any suit, action or proceeding.

(4) To cheat and defraud any person of any property, by any means which are in themselves criminal, or to obtain money property by false pretenses or by false promises with fraudulent intent not to perform such promises.

(5) To commit any act injurious to the public health, to public morals, or to pervert or obstruct justice, or the due administration of the laws.

(6) To commit any crime against the person of the President or Vice-President of the United States, the governor of any state or territory, any United States justice or judge, or the secretary of any of the executive departments of the United states.

Como dado comum, em ambas as situações de conspiração ou conluio, o tipo incriminador trata de punir o comportamento coletivo, a associação criminosa, porém em sede de responsabilidade individual. No tipo do artigo 182 do CP da Califórnia a punição algumas vezes é a mesma para o crime objeto da planificação, na forma consumada, outras vezes com estabelecimento de sanção específica. A primeira grande diferença é que no *conspiracy* do IMT a associação criminosa exigia *estabilidade e permanência*, o que pode ser vislumbrado quando trata de punir um “plano concertado” para a prática de crimes. Essa característica o aproxima, por exemplo, da definição típica do crime previsto no artigo 288 do CPB. Já no tipo do artigo 184 do CP da Califórnia, é punida a associação ainda que para cometer um crime isoladamente. Em

ambas as hipóteses há desvinculação com o crime pretendido,⁵² o que também acontece com o crime do artigo 288 do CPB.

No *conspiracy* do direito americano, em alguns Estados daquela federação, a adequação típica está na dependência da materialização no mundo exterior da intenção de executar o crime pretendido pelos criminosos associados, sendo insuficiente apenas a demonstração do acordo de vontades. Essa exteriorização de comportamento pelos conspiradores oscila entre a prática de atos inequívocos (*overt act*) que demonstrem a sua intenção de por em prática o comportamento delituoso e a execução do crime planejado, no sentido empregado pela doutrina majoritária continental, ou seja, ataque ao núcleo do tipo. Por exemplo, de novo o CP da Califórnia, que exige ato claro (*overt act*) demonstrativo da vontade coletiva de praticar um crime. Mas não nos parece correto dizer que a adequação típica está condicionada à prática do crime planejado, seja na forma consumada ou tentada. Essa demonstração de *overt act* é algo que pode se situar na cogitação ou nos atos prepatórios:

⁵² Assinala Ilias Bantekas: "World War II military tribunals enunciated the existence of three requirements with regard to conspiracy under international law: (1) the existence of a concrete plan involving the participation of at least two persons; (2) clear outlining of the criminal purpose of the plan; (3) and that the plan be not too far removed from the time of decision and action. Liability was thought its existence were either parties to it or knowingly intend to play a part in its execution, but which was not eventually carried out (grifo nosso). Modern developments have incorporated the principles beyond the exclusivity of crimes against peace".

Cf. BANTEKAS, Ilias. *Principles of direct and superior responsibility in International Humanitarian Law*. Manchester, UK: Manchester University Press, 2002. p. 46.

Carlos Eduardo Adriano Japiassu apresenta as seguintes características do crime em questão, ao mesmo tempo em que ressalta as principais diferenças com o seu equivalente no direito da *common law*:

"a ideia de *conspiracy* como tipo penal não encontrava paralelo perfeito no direito continental europeu, por tratar-se de uma construção jurídica tipicamente anglo-americana. Significava um acordo de vontades para um plano criminoso preconcebido. Seria uma figura assemelhada à participação na hipótese de concursos de pessoas, em que depende da existência de crime efetivamente praticado para se configurar. Diferentemente, prevaleceu em Nuremberg o entendimento contrário, segundo o qual a conspiração poderia ter existência criminal por si só (grifo nosso). Pode-se dizer que o delito previsto no ordenamento jurídico-penal brasileiro que mais se próxima da *conspiracy* seria a figura da quadrilha ou bando.

De certa forma, o reconhecimento da conspiração, importava no reconhecimento prático dos demais crimes e o Tribunal acabou por reconhecê-lo apenas nas hipóteses em que havia crimes contra a paz. Some-se a isso o fato de que a figura da conspiração era inexistente no direito continental e que uma condenação baseada nela consistiria em condenação *ex post facto* e, destarte, violadora do princípio da reserva legal. "

Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo A. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 53-54.

NT Autor: não concordamos com essa conclusão. Nas duas formas de conspiração, a punição é desvinculada do crime praticado pelos associados.

§ 184. Acts effectuating Conspiracy

No agreement amounts to a conspiracy, unless some act, besides such agreement, be done within this State to effect the object thereof, by one or more of the parties to such agreement and the trial of cases of conspiracy may be had in any county in which any such act be done.

Mais complicado é o tratamento legal no direito inglês, positivado no *Statutory Conspiracy, Criminal Law Act 1977*:

“Subject to the following provisions of this Part of this act, if a person agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued which, if the agreement is carried out in accordance with their intentions, either:

- (a) will necessarily amount to or involve the commission of any offence or offences by one or more parties to the agreement; or
- (b) would do so but for the existence of facts which render the commission of the offence or any offences impossible, he is guilty of conspiracy to commit the offence or offences in question.

Nesse diploma legal, em que pese a nebulosa redação do ponto de vista do direito penal continental, trata-se de punir o acordo para a prática delitativa, ou seja, pune-se de forma isolada o ato preparatório, tal como acontece com o crime de formação de bando ou quadrilha.⁵³ O que é possível concluir é que o *conspiracy* no direito penal da *common law*, quando muito, exige alguma materialização da intenção dos conspiradores, mas nunca tentativa ou consumação do crime pretendido, até porque é hipótese, como dito, de *inchoate crimes*.⁵⁴

Paralelamente a isso existe a previsão de participação, ou codelinquência, no direito penal anglo-americano, ali tratado muitas vezes pela expressão *Joint Criminal Enterprise* muito utilizada no direito internacional penal, ou simplesmente *Complicity, Participation* ou, ainda, *Accomplice*. Os delinquentes associados são os *principals*. Nesses casos, a punição segue a teoria

⁵³ Para quem desejar se aprofundar no entendimento sobre a conspiração no sistema inglês:

Cf. WILSON, William. *Criminal law: doctrine and theory*. 3. ed. Essex-UK: Pearson, 2008. p. 512-518.

Cf. MOLAN, Mike; BLOY, Duncan; LANSER, Denis. *Modern Criminal Law*. 5. ed. London: Cavendish, 2003. p. 142-147.

⁵⁴ Nesse sentido é a lição de Jens Meierhenrich:

“...What is the essence of conspiracy law, as applied in U.S. courts? As we have seen, conspiracy law criminalizes the agreement to commit a punishable offense. The agreement constitutes the *actus reus* of conspiracy, whereas the intention to commit the punishable offense constitutes conspiracy’s *mens rea*. If X and Y agree to commit a bank robbery, they incur liability from the moment of agreement. It is irrelevant whether or not X and Y actually commit the robbery. It is further irrelevant whether or not the commission of the robbery was at all possible. As the U.S. Supreme Court held in *U.S v. Rabinowich* (1915, p. 86), “a Person may be guilty of conspiring, although incapable of committing the objective offense”(for a recent affirmation of this interpretation, see *U.S v. Rrecio* 2003, p. 822). This, then, is what is meant by “inchoate liability”. The concept refers to an individual’s responsibility for criminal conduct that is preparatory or preliminary to unlawful offenses. If X and Y commit the robbery, they incur additional liability for any substantive offenses.”

Cf. MEIERHENRICH, Jens. Conspiracy in International Law. *Annual Review of Law and Social Science*, Cambridge, v. 2, p. 341-357, 2006.

monista, semelhante ao que acontece com o nosso artigo 29 do CPB, mas é necessário que exista acordo prévio entre eles, *common propose*. Aqueles que aderem posteriormente à prática delitiva são considerados *accessories* e recebem punição menor. No nosso direito, a adesão posterior à fase de consumação ocorre nas hipóteses de receptação, favorecimento pessoal ou real.⁵⁵

O ER trata da codelinquência no artigo 25, 3, (a), quando se refere à responsabilidade individual:⁵⁶ “a) cometer esse crime individualmente *ou em conjunto* ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável.”. Na letra “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*, trata de situações de *responsabilização direta* de quem adere a prática delitiva de um grupo, situação que no nosso direito é de codelinquência, tendo em vista a presença do liame subjetivo que, por sua vez, não necessita de ajuste prévio. “Não existe tratamento de *Joint Criminal Enterprise* no Estatuto do ICTY e no ICTR, sendo a matéria objeto de discussão pela jurisprudência desses tribunais.

Três são as formas de JCE⁵⁷: a primeira, quando se tem, de fato, uma situação de *common propose*, como existe em qualquer direito penal do mundo; a segunda, as situações de campo de concentração, ou seja, pessoas que voluntariamente aderiram a esse sistema de

⁵⁵ De novo o CP da Califórnia:

Parties to crime:

§ 30. Parties to crimes classified

The parties to crimes are classified as:

1. Principals; and
2. Accessories.

§ 31. Principals

All persons concerned in the commission of a crime, whether it be felony or misdemeanor, and whether they directly commit the act constituting the offense, or aid and abet in its commissions, or not being present, have advised and encouraged its commission, and all persons counseling, are principals in any crime so committed.

§ 32. Accessories

Every person who, after a felony has been committed, harbors, conceals or aids a principal in such felony, with the intent that said principal may avoid or escape from arrest, trial, conviction or punishment, having knowledge that said principal has committed such felony or has been charged with such felony or convicted thereof, is an accessory to such felony.

§ 33. Punishment of Accessories

Except in cases where a different punishment is prescribed, an accessory is punishable by a fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment in the state prison, or in a county jail not exceeding one year, or by both such fine and imprisonment.

⁵⁶ Cf. AMBOS, Kai. Article 25: individual criminal responsibility. In: TRIFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observer's, notes, article by article*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. p. 475-492.

⁵⁷ Cf. PJANIC, Jasmina. *Joint criminal enterprise: new form of individual criminal responsibility*. Disponível em: <<http://www.okobih.ba/files/docs/Jasmina>> Acesso em: 17 mar. 2009.

Cf. ainda MUNDIS, Daryl A.; GAYNOR, Fergal Gaynor. Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals. *Journal of International Criminal Justice*, v. 2, n. 2, p. 623-658, 2004. p. 652-655.

repressão prestando serviços para o desencadeamento de suas atividades criminosas, e a terceira, as situações em que normalmente, não necessariamente, existe um *common desire*, mas o agente sabe da alta probabilidade de seu comportamento prestar assistência a um crime desenvolvido por outra pessoa. A segunda categoria é de alcance ilimitado e ignora as restrições acertadas impostas pela teoria da imputação objetiva, como será exposto posteriormente. A terceira categoria é sem dúvida incompatível com o direito penal da culpa. A alta probabilidade de ocorrência de um evento não é suficiente para caracterizar o dolo no nosso sistema, logo, também não fica demonstrado o inafastável requisito do liame subjetivo para a constatação da codelinquência. A responsabilização do *aider e abettor* pelo crime praticado, nessas circunstâncias, é inquestionável responsabilização objetiva. O ER parece-nos incompatível com essa modalidade de codelinquência diante da exigência expressa de *intenção* no artigo 25 3 (d), acima transcrito, o que está em consonância com os princípios do direito penal liberal.⁵⁸

Voltando à conspiração, a diferença principal com a codelinquência – regra que também é válida no nosso direito penal - é que só nessa última hipótese a associação *eventual* necessita do cometimento do crime pretendido, na forma tentada (iniciada a execução) ou consumada, o que também está de acordo com o direito penal pátrio, artigo 31 do CPB. Um dado diferenciador é que nós fazemos alguma distinção em termos de punição entre autor e partícipe, matéria que extrapola aos limites da tese, razão pela qual remetemos o leitor aos manuais.

Da mesma maneira que a codelinquência tem elementos em comum com o nosso sistema, existe previsão, como crime, no nosso sistema legislativo, de associação criminosa. É o que prevê o artigo 288 do CPB. *Conspiracy* e formação de bando ou quadrilha são hipóteses de punição de ato preparatório em tipo específico de perigo abstrato. No nosso tipo penal pune-se a associação criminosa com característica de *estabilidade e permanência* e inexplicavelmente não tem previsão no nosso CPM. Como dito, a estabilidade não é uma nota característica do *conspiracy* do direito anglo-americano:

Quadrilha ou bando: Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

⁵⁸ Antonio Cassese propõe interpretar o dispositivo de forma ampla. No seu entendimento *certain degree of awareness and foresight of the commission of such acts* poderiam ingressar no conceito de participação intencional requerida pela norma de extensão. Esse tipo de interpretação é totalmente inaceitável diante dos princípios consagrados no direito penal liberal, valendo notar que pode ser válido para os tribunais ad hoc, vinculados exclusivamente ao direito internacional, jamais para o TPI que deverá seguir fielmente o princípio da legalidade adotado pelas jurisdições nacionais dos países que deram adesão ao Tratado. ”
Cf. CASSESE, Antonio. The proper limits of individual responsibility under the doctrine of joint criminal enterprise. *Journal of International Criminal Justice*, n. 5, 2007. p.132-133.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único: A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

A associação eventual, por sua vez, é problema simplesmente de nexos causal no nosso direito penal positivo, vinculando em norma de extensão todos os associados ao crime praticado, ou, no mínimo, tentado, divididos em coautores e partícipes, como se vê do artigo 29 do CPB. O CPM, no artigo 53, trata de forma idêntica autores e partícipes.

A formação de bando ou quadrilha guarda mais semelhanças com o *conspiracy* do IMT, porque trata de punir a associação estável, permanente, pressupondo uma organização pré-ordenada para prática de crimes. Isto é, pune de plano a associação criminosa estável, não necessitando do desencadeamento do comportamento criminoso, justamente por se tratar de um crime de perigo abstrato. Nenhum tipo de materialização de comportamento é exigido, mas comprovação da associação perene para a prática de crimes. Do ponto de vista da tipicidade objetiva diferencia-se quanto ao número de codelinquentes, no caso brasileiro, no mínimo 4, regra inexistente em ambas as formas de *conspiracy*.

O *conspiracy* do direito anglo-americano também é tipificado de forma independente da associação eventual, que no nosso direito, como visto acima, vem prevista como simples norma de extensão para o nexos causal, como se vê dos artigos 29 e 30 do CPB, ou seja, hipóteses de codelinquência ou participação *lato sensu*. Do ponto de vista punitivo, além da extensão do crime aos codelinquentes, a nossa legislação penal prevê que a execução do crime em associação eventual pode dar ensejo, em hipóteses raras, à aplicação *também* de causa de aumento de pena ou configuração de qualificadora, p. ex., quanto à primeira forma, art. 157 § 2º; segunda forma, art. 155, § 4º, IV.

Resumindo, a tipificação da conspiração no Estatuto do IMT se distanciava das características originadas do direito penal da *common law*, por conta da estabilidade e da permanência, além de não ter qualquer fundamento no direito internacional, mas foi essencial para responsabilizar os dirigentes do regime nazista.

A conspiração no Tratado do IMT implicava em o conspirador ser punido com igual ou maior gravidade do que responderia o executor. É regra típica da codelinquência, mas aí existe uma incongruência, pois a conspiração é um crime de concurso necessário, desvinculado do crime praticado. Isso, no nosso direito, só seria possível se houvesse demonstração do nexos causal e do liame subjetivo, ou seja, demonstrando-se ser o caso *também* de concurso de agentes com o crime praticado. Essa regra de identidade de punição foi posteriormente trasladada para a

responsabilidade de comando e é um dos principais problemas para a sua integração ao direito penal das nações, como veremos a seguir.

Essas duas características do *conspiracy* do IMT, que se aproximam do crime do artigo 288 do CPB, quais sejam, desvinculação com o crime praticado e associação estável, foram fundamentais para isolar a responsabilidade dos dirigentes da punição no tocante aos crimes executados pelos responsáveis pela colocação em prática dessa política de violação de direitos, deixando esses para um momento posterior, não obstante estivessem presentes os requisitos da codelinquência entre ambos. Em suma, não foi necessário ingressar nas complicadas discussões em torno da coautoria e da participação.

Nosso direito penal militar não está preparado para essa situação até hoje, considerando a não previsão do crime de formação de bando ou quadrilha. E note-se que a punição da associação criminosa estável, desvinculada dos crimes objetivados pelos associados, com estabelecimento de pena própria, é essencialmente responsabilização individual na forma de crime de perigo abstrato de concurso necessário. Eis a nossa primeira sugestão de alteração da legislação penal militar: a criação do tipo de formação de bando ou quadrilha com o agravamento em caso de os associados visarem à prática de crimes internacionais:

Art. X- Associarem-se duas ou mais pessoas, para o fim de cometer crimes.

Pena- reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. Aplica-se a pena em dobro se a associação objetiva o cometimento dos crimes de agressão, contra a humanidade e de guerra, assim definidos em lei.

A principal defesa encetada pelos acusados contra essa incriminação residia, como salienta Japiassu, na inexistência desse tipo penal no direito continental e que a ideia de conspiração era incompatível com a construção do III Reich, fundamentado na ideia do *Führerprinzip*,⁵⁹ de modo que apenas "Hitler tinha conhecimento integral das ações praticadas pelos nazistas e ele impedia que os demais líderes do partido nacional-socialista tivessem acesso a todas as informações. Assim, cada autoridade tinha acesso somente ao seu campo de atuação específico e não à totalidade do que ocorria".⁶⁰

⁵⁹ "... According to the principle, each Fuehrer has the right to govern, administer or decree, subject to no control of any kind and at his complete discretion, subject only to the orders he received from above. This principle applied in the first instance to Hitler himself as the Leader of The Party, and in a lesser degree to all other party officials. All Members of the Party swore an oath of "eternal allegiance" to the Leader ..."
Cf. THE JUDGEMENT OF NUREMBERG: 1946. London: Stationery Office, 1999. 332 p. p. 10.

⁶⁰ Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo A. O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 389p. p. 54.

A previsão no Estatuto do IMT do *conspiracy* foi fundamental para a construção da responsabilidade de comando e da punição idêntica para os partícipes na responsabilidade individual. É interessante notar que a conspiração no modelo do IMT, embora fosse uma hipótese de punição coletiva, influenciou a construção da ideia diametralmente oposta de responsabilidade individual dos agentes, cujos comportamentos estivessem interligados, nas situações *Joint Criminal Enterprise* ou responsabilidade de comando.

O Estatuto do ICTY trata no mesmo artigo, embora em parágrafos distintos, as hipóteses de responsabilidade individual, que deram origem à construção jurisprudencial da JCE, e a responsabilidade de comando, enquanto que no ER vêm previstas em artigos distintos, solução muito mais adequada como veremos nos capítulos seguintes. Note-se que *de lege lata* o Estatuto do IMT não tratou da responsabilização de comando,⁶¹ mas lançou as bases para tanto ao prever a punição da conspiração e consideração como criminosos de instituições nazistas, o que indiretamente representava na punição de comandantes

B. Responsabilidade de entes coletivos

Outro instrumento ainda mais ousado de alcançar a política nazista de violação do direito internacional, através dos seus dirigentes e comandantes, foi a consideração de algumas instituições alemãs como criminosas. É o que dispunha o artigo 9º do Ato Constitutivo do IMT:

ARTIGO 9º:

Quando houver processo intentado contra qualquer membro de um grupo ou organização, poderá o Tribunal declarar (por ocasião de um ato qualquer em que fique reconhecida a culpabilidade desse indivíduo) que o grupo ou a organização à qual pertencia era uma organização criminosas.

⁶¹ Assinala Michael L. Smidt que a França, por ocasião do fim da Segunda Guerra Mundial, editou legislação para punir crimes de guerra e ao fazê-lo fez previsão próxima ao que seria hoje a responsabilidade de comando: "Perhaps the World War II Trial regulation that most closely resembles the current customary international Law doctrine of command responsibility is article 4 of the French Ordinance of 28 August 1944. Persons in command over those that committed war crimes in France, Algeria, and then existing French colonies in Africa, were subject to prosecution if "they tolerated the criminal acts of their subordinates". Here the accused was not required to conspire, directly participate, or even consent to the crimes. Consent, as a standard, suggests actual knowledge, agreement, and an affirmative grant of permission. Toleration on the other hand, may exist even where one is personally opposed to the conduct but takes no affirmative action to prevent the behavior. However, toleration requires actual knowledge...". Na nota n. 84, citando Parks, transcreve a referida norma: "Where a subordinate is prosecuted as the actual perpetrator of a war crime, and his superiors cannot be indicted as being equally responsible, they shall be considered as accomplices in so far as they have tolerated the criminal acts of their subordinates". Cf. SMIDT, Michael L. Yasmashita, Medina, and beyond: command responsibility in contemporary military operations. *Military Law Review*, v. 164, p. 155-234, 2000. p. 176.

Depois de haver recebido o libelo, o Tribunal dará a conhecer, pelo meio que julgar adequado, que o Ministério Público tenciona pedir ao Tribunal que faça uma declaração naquele sentido, e qualquer membro da organização terá o direito de pedir ao Tribunal para ser ouvido sobre a questão do caráter criminoso da organização. O tribunal terá competência para aceder a esse pedido e poderá fixar a maneira pela qual os requerentes era representados e ouvidos.

Declarada uma instituição estatal alemã criminosa, como aconteceu com as SS ou o Estado-Maior das *Wermach*, mais fácil ficou caracterizar também como criminosa a condução da política institucional dos seus representantes- de novo, os principais dirigentes - e trazê-los para o banco dos réus.

Dessa forma, a conspiração e consideração de algumas entidades como criminosas, como última consequência, facilitariam a punição em cadeia de responsáveis por atrocidades, os executores, segundo o pensamento do TC Ex. Murray C. Bernays, um dos responsáveis pelo projeto de implantação do IMT. Bradley F. Smith faz a seguinte observação:

“... Impunha-se imprimir um caráter coletivo aos crimes e aos criminosos, para restaurar algum sentido de ordem e justiça.

Essa foi uma das principais razões porque Bernays rejeitou inteiramente a ideia alimentada por Morgenthau sobre execuções sumárias; ninguém ficaria contente com umas poucas liquidações feitas em surdina. Além disso, o plano Mogenthau ia a contrapelo dos ideais jurídicos norte-americanos, e não resolveria o caso dos milhares de delinquentes nazistas de segundo escalão. No memorando, por conseguinte, Bernays traçou audaciosamente um plano que prometia não apenas resolver todos os problemas existentes, mas, além disso, responsabilizar os líderes alemães pelos atos praticados pelos subordinados, e demonstrar ao povo alemão os perigos do racismo e do totalitarismo. No projeto Bernays, o Partido Nazista e as organizações do governo alemão, como a Gestapo, as SA e as SS, seriam acusadas diante de uma corte internacional de ter entrado em conluio para a prática de assassinato, terrorismo e outros crimes semelhantes, em violação das leis de guerra. A corte internacional que Bernays tinha em mente só julgaria réus individuais, mas cada um deles representaria uma organização acusada de fazer parte de um conluio criminoso. Quando um réu representante de organização fosse considerado culpado, e fosse sentenciado, então considerar-se-iam todos os outros membros da mesma organização como envolvidos na trama criminosa, e todos seriam passíveis de prisão, julgamento sumário e punição pelas autoridades aliadas.”⁶²

É claro que as coisas não se desenvolveram exatamente como o planejado, isto é, não se logrou uma punição coletiva em larga escala, nem em Nuremberg nem nos julgamentos posteriores na Alemanha ocupada, nem nos locais que estiveram sujeitos a sua ocupação. Tampouco todos os integrantes de organismos classificados como criminosos foram assim também considerados, muitos foram absolvidos. Ainda assim, a punição de entes coletivos e o conluio foram fundamentais para superar-se o problema do *nexo causal* entre o comportamento

⁶² Cf. SMITH, B. F. *O Tribunal de Nuremberg*. Tradução Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: F. Alves, 1979. p. 29-30.

dos principais mentores do regime nazista e o resultado desencadeado pelos executores, seus subordinados.⁶³

É evidente que essa pretensão de punir um crime de perigo comum e abstrato, pois essa é a natureza do *conspiracy*, como se fosse uma associação eventual, sem levar em conta os seus requisitos, notadamente o nexos causal e o liame subjetivo, é tarefa incompatível com os mínimos princípios de direito penal a reforçar o argumento de que o DIPen, nessa época, ainda estava muito distante das exigências de garantia do direito penal moderno.

Por outro lado, relativamente à consideração como criminosa de entidades, é certo hoje que a doutrina admite a penalização da pessoa jurídica, o que já é uma realidade no direito brasileiro em sede de crimes ambientais, a partir da edição da Lei nº 9.605/98 que, no artigo 3º, dispôs: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Justifica-se esse dispositivo diante da dificuldade de punição dos representantes da pessoa jurídica nas práticas ambientais danosas, mas o parágrafo único do artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais ressalta que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não afasta a dos indivíduos em relação ao mesmo fato. Ou seja, não se pune a pessoa jurídica para se chegar aos seus representantes, objetivo declarado do Estatuto do IMT nesse caso.

C. Domínio por organização

A ideia de “punição coletiva”, francamente em desacordo com o princípio da responsabilidade individual, talvez hoje pudesse ser formulada de outra forma, como tem feito a doutrina alemã recente, não com base nos instrumentos acima concebidos, mas no desenvolvimento da doutrina a respeito do conceito de autor. Trata-se de uma leitura mais moderna da teoria do domínio do fato. O domínio do fato, perfeitamente compatível com a teoria

⁶³ Como acentua E. Van Sliedregt: “The concept of conspiracy and the notion of criminal organizations were two pillars of the “theory of collective criminality”. The plan was to be carried out in two phases. First, before an international court entrusted with the task of adjudicating major war criminals for having participated in the commission of crimes against humanity and war crimes, and for conspiring to commit crimes against peace. This International Court would then declare Nazi organizations such as the Nazi government, the Nazi Party, Gestapo, SS, and SA to be criminal. In the second phase, national courts of the Allied Powers would try individual members of the criminal organizations declared criminal by international Military Tribunal, proof of membership being sufficient for establishing guilt.”

Cf. SLIEDREGT, E. Van. *The criminal responsibility of individuals for violations of International Humanitarian Law*. Netherlands: TMC Asser, 2003. p.17.

monista adotada pelo CPB e pelo CPM, complementa o conceito de autor ao alcançar aquele que age sobre outro (autoria mediata), que executa o crime como mero instrumento da prática delitiva, seja porque age sem dolo seja porque é inculpável. Exemplo do indivíduo que coage outro à prática delitiva ou do que se utiliza de menores.

Mas o domínio do fato pode alcançar situações mais complexas, em relação àqueles que não agem sobre executores determinados. Roxin, citado por Ambos, concebeu a hipótese de domínio de fato em que o autor se vale de estruturas à sua disposição, "... em que os executores são intercambiáveis (fungibilidade), "não sendo sequer necessário que o superior os conheça, este pode confiar que se cumpram as suas instruções, pois, ainda que um dos executores não cumpra com a sua ordem, imediatamente outro ocupará o seu lugar, de modo que aquele que mediante sua negativa de cumprir a ordem, não pode impedir o fato, mas tão somente subtrair sua contribuição do mesmo"⁶⁴ O chamado domínio por organização conduz à "autoria de escritório", forma de autoria mediata que pressupõe uma máquina de poder, como esclarecem Zaffaroni e Pierangeli. Segundo esses autores, "... Serviria de exemplo a "SS" no nacional-socialismo alemão, ou um Estado totalitário que se vale de um agente, para cometer um crime no exterior. A particularidade que isto apresenta está em que aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do domínio do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade de que quando o determinador se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato mais próximo ele está das suas fontes de decisão"⁶⁵.

Como acentua Pablo Alfen da Silva:

"Assim deve-se observar de acordo com a diretriz estabelecida pela teoria do domínio por organização "que a autoria mediata, nestes casos de domínio por organização se baseia, primeiramente, na fungibilidade do autor direto e no domínio automático do subordinado por parte do aparato organizado de poder. Portanto, o domínio por organização tem como pressuposto o domínio sobre uma coletividade de executores (a organização), sendo que o autor mediato (o homem de trás) realiza o fato por meio de algum dos executores pertencentes à organização dirigida por ele, e que, em razão das condições, este autor direto se caracteriza como um sujeito fungível (fácil ou automaticamente substituível) e carente de significação, portanto, não sendo sequer necessário que o autor mediato o conheça. (...)"⁶⁶.

⁶⁴ Cf. AMBOS, Kai. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. *Revista do IBCCRim*, Bogotá, n. 37, p. 43–72, 2005b. p. 46.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997. 893 p. p. 682.

⁶⁶ Cf. SILVA, Paulo Alfen da. *Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valoração crítica e ulteriores contribuições*. São Paulo, v. 3, n. 1, p. 8–16, 2006. p. 14.

Parece que essa hipótese serviria realmente aos propósitos de condenação dos dirigentes políticos nazistas. De fato, dominavam a estrutura de poder do Estado Alemão à época, cujos executores eram intercambiáveis e eles sequer os conheciam. A sua punição pela prática do crime executado de forma alguma, aos olhos da doutrina moderna, representaria uma responsabilidade objetiva e coletiva. Mas lembre-se que estamos falando de doutrina moderna sobre conceitos não domináveis à época, porém os resultados alcançados em termos de condenação estão adequados a essa nova visão de autor. O único ponto em que discordamos dessa doutrina é a sua aplicação às hipóteses de crime organizado, notadamente os conduzidos fora do aparato do Estado. O tratamento da codelinquência é suficiente para essas hipóteses.

3. JULGAMENTOS DO EXTREMO ORIENTE

Sem dúvida, a maior contribuição dos julgamentos do extremo oriente, ainda por ocasião do fim da Segunda Guerra Mundial, foi no que se refere à responsabilidade do comandante sem ordem, pela simples omissão. Isto ocorreu em 7 de dezembro de 1945 no julgamento do General Yamashita. O julgamento em questão foi conduzido por um órgão da justiça militar norteamericana para o tempo de guerra, uma Comissão Militar, composta de 05 oficiais gerais. Este tipo de órgão judiciário castrense naquele país é instituído por autorização dada pelo Congresso Nacional à chefia do comando militar no teatro de operações com o escopo de julgar inimigos por violações ao direito de guerra.⁶⁷

Ficou assentado que o superior que tem a tropa sob o seu comando é responsável pelos crimes cometidos pelos seus comandados, caso não tenha exercido o controle como se é de esperar em relação a todo comandante. O lado negativo desse entendimento foi a desconsideração do estado anímico, caso, portanto, de responsabilidade objetiva, algo inadmissível em direito penal. É certo, contudo, que esse julgamento abriu as portas para a responsabilização do comandante na forma omissiva, compromisso consagrado, posteriormente, no Protocolo 1 às Convenções de Genebra de 1949. Com base no Protocolo 1, como veremos no capítulo seguinte, erigiu-se a criminalização desse comportamento no Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia e Ruanda e, definitivamente, no Estatuto de Roma.

Em seguida veio o Tribunal de Tóquio. Perante esta Corte - Tribunal para o Extremo Oriente, ou IMTFE- instituído pelo Ten. Gen. Ex Mac Arthur, cujo estatuto entrou em vigência

⁶⁷ Cf. CRONA, Spencer J.; RICHARDSON Neal A. Justice for war criminals of invisible armies: a new legal and military approach to terrorism. *Okla. U. L. Rev.*, n. 21, Summer/Fall, 1996, p. 367-371.

em 19 de janeiro de 1946⁶⁸, em termos de responsabilização de comando, não seguiu integralmente os passos do IMT. Embora existisse a possibilidade de considerar instituições como criminosas, isto de fato não ocorreu, limitando-se o seu julgamento a indivíduos. Na prática, era um tribunal dos EUA chefiado pelo Comandante-em-Chefe das forças aliadas, que, inclusive, nomeou o Presidente da Corte, além de ser instância de recurso. Esta última característica certamente representava uma grande vantagem em relação a Nuremberg.

Havia também previsão para o crime de conspiração para a acusação de crimes contra a humanidade:

Art. 5º Jurisdição sobre as pessoas e sobre os crimes:

c) Crimes contra a humanidade, isto é, assassinato, extermínio, escravização, deportação ... Os chefes, organizadores, provocadores e cúmplices que tomaram parte na elaboração ou na execução de um plano comum ou em um complô para cometer qualquer um dos crimes enunciados são responsáveis por todos os atos realizados por qualquer pessoa na execução desse plano.

A ideia de conspiração novamente foi muito criticada por entender-se, corretamente, que não encontrava embasamento no direito internacional.

Sintetizando as críticas ao Tribunal de Tóquio Jean Paul Bazelaire e Thierry Cretin assim se pronunciam:

“O processo de Tóquio foi manifestamente submetido a razões de Estado e a justiça que é feita aí se presta a várias críticas. Mais ainda que a do Tribunal de Nuremberg, é uma justiça de vencedor submetida de forma muito estreita à tutela norte-americana (por intermédio do *Supreme Command of the Allied Powers*), e ao seu representante, o General Mac Arthur. Não é excessivo dizer que a política americana em relação ao Japão e à China que se tornou comunista passou à frente dos princípios que sustentam uma ação judiciária”.⁶⁹

Mas o IMTFE teve um papel muito importante na construção da responsabilidade de comando. Os seus julgados forneceram os primeiros contornos da responsabilidade de comando para superiores *civis*, isto é, autoridades governamentais que se omitiram diante de atrocidades cometidas no cenário de conflito armado. Além disso, continuou a ênfase no sentido da omissão criminosa, porém muito menos no aspecto do estado anímico como enfatizado em Yasmashita e mais no sentido operacional. Segundo E. Van. Slidregt:

⁶⁸ Cf. INTERNATIONAL Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE Charter). Tokyo, 19 jan. 1946. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml> Acesso em: 20 maio 2009.

⁶⁹ Cf. BAZELAIRE, Jean-Paul. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. São Paulo: Manole, 2004. 260 p. p. 37.

“The Tokio Judgement is important in that it confirms and endorses the application of superior responsibility to non-military superiors. Moreover, in relying on the position and duty of the defendants before them, the Tokyo Tribunal stressed the *functional* and *operational* aspect of superior responsibility as constitutive elements of superior responsibility besides the *cognitive* aspect. The one-sided reliance on these two aspects is at the same time the judgement’s weak point and has led to some harsh decisions. At times the Tribunal lost sight of reality by ignoring the lack of actual control on the part of some of the defendants. This is regrettable as it is exactly that element that is important in attributing superior responsibility to non-military persons. After all, in the words of Judge Röling:

General speaking, a Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behaviour of the Army in the field”.⁷⁰

A ênfase principal dada no aspecto operacional da ausência de controle das ações militares, como visto nos julgados desta Corte, também foi ressaltada por Daryl A. Mundis ao tratar da responsabilidade de comando no estatuto do ICTY. E, como se pode observar, não se levou em consideração a necessária distinção entre autoridades civis e militares:

“nota 20.

... the Tribunal found that the military and governmental authorities has a duty to intervene and suppress the perpetrators. Hence, it was held that individuals at highest level of military and political command had a duty not only to comply with the laws of war, but also to effectively ensure that their subordinates comply with the law.⁷¹

Kai Ambos enfatiza a crítica da doutrina sobre a responsabilidade de comando estendida a civis nos julgados do IMTFE, colocados no mesmo plano das autoridades militares, em face de operações militares envolvidas em crimes de guerra⁷². Sintetizando essas críticas doutrinárias, que encontraram amparo em voto discordante como acima referido, o ER, no artigo 28 b) a), quando trata da responsabilidade de superiores civis, expressamente afasta a hipótese de responsabilidade de comando amparada no *should have known*, ou seja, não a admite em hipótese de negligência.

4. TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA E RUANDA

Essas são as duas últimas experiências com tribunais internacionais **ad hoc**. O primeiro foi criado pela Resolução 827 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 25 de maio de

⁷⁰ Cf. SLIEDREGT, E. Van. *The criminal responsibility of individuals for violations of International Humanitarian Law*. Netherlands: TMC Asser, 2003. p.130.

⁷¹ Cf. BOAS, Gideon; SCHALABAS, William Schabas (eds.). *International Criminal Law developments in the case Law of the ICTY*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2003. p. 243.

⁷² Cf. AMBOS, Kai. Superior Responsibility. In: Cassese et al. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford University Press: New York, 2002, p.811/2.

1993, para julgar as atrocidades cometidas durante o conflito dos Bálcãs, após a desestruturação política da ex-Iugoslávia com a morte do Marechal Tito e, o segundo, através da Resolução do Conselho de Segurança nº 955, de 8 de novembro de 1994.

Embora tenham sido criados sob as críticas encabeçadas pelo argumento de ser um tribunal para o caso, ou seja, de exceção, diferenças profundas guardam essas Cortes, ainda em funcionamento, com os anteriores de Nuremberg e de Tóquio. A primeira é que não foram criadas as violações graves ao direito internacional, base da acusação e da condenação dos criminosos de guerra. Na época de sua instalação já haviam sido editados os principais tratados de DIH, fundamento dessas violações graves, ou seja, as 4 Convenções de Genebra de 1949 e o Protocolo Adicional 1 de 1977. Essas regras estabelecem de forma clara que infrações devem importar em responsabilização penal perante os países que deram adesão, entre eles a ex-Iugoslávia. Por outro lado, a ideia de responsabilização individual e do comandante, por omissão, também já estava mais do que assentada jurisprudencialmente. De outra banda, o Estatuto da Corte era razoavelmente claro na definição do estado anímico do agente.

Outra grande contribuição foi a ampliação da definição de conflito armado não internacional por ocasião do famoso julgamento do caso Tadic pelo Tribunal da ex-Iugoslávia.⁷³ Ficou assentado também que se deve considerar conflito armado não internacional as situações de conflitos envolvendo grupos entre si e não necessariamente tendo por um dos pólos o Estado, o que representou um avanço em relação ao Protocolo II às Convenções de Genebra. Mas, sem dúvida, a maior contribuição foi a extensão do conceito de violação grave e, portanto, de crime de guerra, às hipóteses de conflito armado não internacional. Claro que se tratou, nesse caso, de outra hipótese de julgamento com base em direito novo, com clara violação do princípio da legalidade.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda muito se assemelha ao do Tribunal para a ex-Iugoslávia, que funciona como Corte de apelação de seus julgados. A sua instituição deveu-se ao genocídio praticado naquele país, em 1994, após um conflito envolvendo duas etnias historicamente inimigas. A grande novidade é a positivação como crime das violações do artigo 3º comum às Convenções de Genebra iniciada com a jurisprudência do Tribunal para a ex-Iugoslávia. Sem dúvida, essa norma mudou os rumos do DIPen, pois supriu uma lacuna injustificável do DIH de considerar como digno de tipificação como crime de guerra apenas as

⁷³ Cf. MARESCA, Louis G. The Prosecutor v. Tadic: the appellate decision of the ICTY and internal violations of Humanitarian Law as international crimes. *Leiden Journal of International Law*, v. 9, n. 1, p. 219-231, 1996.

violações graves em sede de conflito armado internacional, como se a vida valesse menos nos conflitos armados internos, não raro hoje em dia mais graves que os conflitos internacionais.

O Estatuto de ambas as Cortes consagra a responsabilidade individual e de comando no mesmo dispositivo, tendo havido abandono da ideia de responsabilização coletiva, seja na modalidade *conspiracy* ou consideração como criminosa de alguns entes estatais.

Art. 7º do Estatuto do ICTY:

Responsabilidade penal individual

1-quem tiver planejado, instigado, ordenado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver ajudado e encorajado a planejar, preparar ou executar

2-um dos crimes referidos nos artigos 2º a 5º do presente Estatuto tornar-se-á individualmente responsável pelo referido crime.

3-A qualidade oficial de um acusado, quer se trate de um chefe de Estado ou de governo, ou de um alto funcionário, não o isentará de responsabilidade penal e não constituirá motivo de redução da pena;

4-O fato de um dos atos referidos nos artigos 2º a 5º do presente Estatuto ter sido cometido por um subordinado não isenta o seu superior da sua responsabilidade penal se sabia ou tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para cometer tal ato ou já o tinha cometido e não tiver tomado as medidas necessárias e razoáveis para impedir que o referido ato fosse cometido ou para punir os seus autores.

5-O fato de um acusado ter agido na execução de uma ordem de um governo ou de um superior hierárquico não o isentará da sua responsabilidade penal, mas poderá ser considerado motivo para redução da pena, se o Tribunal Internacional entender assim ser de justiça.

O Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda, no artigo 6º, também consagra a responsabilidade individual e de comando no mesmo dispositivo com redação um pouco diferente do Estatuto do ICTY, mas sem diferença na essência.

Em ambas as Cortes foi definitivamente consagrada a responsabilidade individual pelo autor de crimes internacionais, mas sem distinção entre os condutores da política de violação e os executores. Abandonou-se a ideia de punição coletiva, motivo pelo qual nenhum dos dois estatutos trata do *conspiracy*. Note-se que o *conspiracy* só tem sentido de punição coletiva no Estatuto do IMT, pois visava a punição automática dos integrantes das organizações consideradas criminosas desvinculando-se a responsabilidade dos crimes praticados. Nem no direito americano nem no continental a criminalização de conduta associada tem esse efeito. É mera punição de ato preparatório, antecipação da resposta penal, através de um crime de perigo abstrato que pode entrar em concurso com o crime objetivado, caso venha a ser praticado.

A associação criminosa no plano internacional é punida hoje apenas dentro de hipóteses de *Join Criminal Enterprise*, isto é, como forma de codelinquência, em que a punição no mesmo

crime para os que concorrerem como autores e partícipes dependerá da presença dos requisitos da associação eventual, entre eles, a relevância causal do comportamento. Como resquício de exceção a esta regra está a responsabilidade de comando.

5. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A Corte Penal Internacional representa a consolidação do desejo já manifestado desde o fim da Primeira Guerra Mundial de criar-se uma Corte Internacional permanente para julgar crimes internacionais. Com a criação da SDN foi instalada a Corte de Haia, até hoje em funcionamento, para julgar litígios entre os Estados, mas não foi possível naquela época estabelecer-se uma corte penal permanente. Após a Segunda Guerra Mundial instaurou-se a guerra fria, e o ambiente político também era desfavorável a essa ideia, sobretudo diante da possibilidade de veto por parte dos principais integrantes da ONU. Somente com a queda do muro de Berlim surgiu um ambiente político favorável a retomada dessa ideia.

Como origem próxima, assevera Marrielle Maia que “A necessidade do estabelecimento de um Tribunal Internacional Penal foi discutida na Organização das Nações Unidas, em 1948. Na Resolução 260, de 9 de dezembro, a Assembléia Geral reconheceu: “(...) at all periods of history genocide has inflicted great losses on humanity; and being convinced that, in order to liberate mankind from such an odious scourge, international cooperation is required”. Na mesma Resolução, a Assembleia Geral solicitou à Comissão de Direito Internacional um estudo sobre a possibilidade do estabelecimento de um órgão judicial internacional para julgar as pessoas que cometessem crimes de genocídio.⁷⁴

A mesma comissão, continua a autora, concluiu pela necessidade de uma corte internacional permanente para julgar o genocídio e outros crimes graves. Assim foi feito e o projeto de Estatuto da criação do futuro Tribunal Penal Internacional foi enviado em 1994 pela Comissão de Direito Internacional e resultou no anteprojeto final aprovado em Roma, através da Resolução da Assembléia Geral 53/105, de 8 de dezembro, cujas características passaremos a analisar no capítulo seguinte. O Estatuto de Roma, base normativa do Tribunal, foi promulgado no nosso país através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União, de 26 de setembro do mesmo ano. Embora tenha vários dispositivos de índole

⁷⁴ Cf. MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 262 p. p. 50.

penal, somente adquirirá essa característica, no plano interno, quando se tornar lei penal através de outro diploma legal. Por enquanto é apenas instrumento normativo do DIPen.

A primeira característica é que não se trata de um órgão da ONU, instituição cuja atuação não tem sido fator inibidor de surgimento de conflitos armados. Apresentamos algumas outras características:

- a) Corte Permanente e, portanto, anterior aos fatos, art. 1º: “É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto”.
- b) Jurisdição complementar: conclusão que decorre do artigo anterior e dos artigos 17, sobre admissibilidade, e 20, proibição de *bis in idem*. Tratando-se de jurisdição complementar prevalece, em princípio, a competência da jurisdição nacional do país que deu adesão ao tratado. Quer isso dizer que o Tribunal não é uma Corte de revisão, mas instaura a sua jurisdição quando a justiça nacional não julgar o caso e isso pode acontecer diante de conflitos em que as instituições não estejam funcionando adequadamente ou quando o julgamento tiver sido conduzido com a fundada suspeita de beneficiar os infratores.
- c) Respeito ao princípio da legalidade: Art. 22.
- d) Respeito ao princípio da não retroatividade: Art. 24. O marco temporal é a vigência do tratado.
- e) Responsabilidade criminal individual: Art. 25. O Estatuto enfatiza a presença do indivíduo no direito internacional dentro da ideia de responsabilização penal pela prática de crimes internacionais. Diferentemente de Nuremberg, o objetivo agora não é punir condução de política internacional por indivíduos e sim puni-los pelos atos praticados que importem em violação grave do direito humanitário. Quem deve figurar como réu é primordialmente o indivíduo. Agora sim pode-se falar em DIPen com mais certeza. A responsabilidade individual e a responsabilidade de comando foram disciplinadas de forma escrita e distinta, o que favorece a considerar-se essa última como um crime e não forma de codelinquência como sempre foi vista.

Tal como acontece com o ICTY e o ICTR, o ER não previu como crime independente a conspiração, pela razão já apontada de suposta incompatibilidade com o princípio da responsabilidade individual.⁷⁵ É preciso ressaltar que a punição da conspiração é louvável criminalização de ato preparatório, na forma de crime de perigo abstrato e de concurso necessário, nada tendo de inconciliável com o princípio da responsabilidade individual desde, é claro, tenha punição abstrata própria, desvinculada dos crimes objetivados pelos associados. A única forma de punição de ato preparatório no ER é o incitamento à prática do genocídio, previsto na letra "e" do artigo 25. Nada obsta a que se faça no futuro a punição da conspiração no ER. Eis a nossa sugestão, cuja fixação abstrata da pena também levou em consideração o tipo do artigo 288 do CPB:

Art. X- Associarem-se duas ou mais pessoas, para o fim de cometer os crimes definidos nesse Estatuto.

Pena- reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

A Corte possui ainda dispositivos de ordem processual penal e é dividida em órgãos judiciários encarregados de acompanhar a formação da culpa, como é o caso do Juízo de Instrução, além de um órgão para julgar e outro para analisar recursos. O ER é, na verdade, uma tentativa de positivar os princípios de direito penal ínsitos na parte geral dos códigos penais, além de apresentar regras processuais penais. Trata-se de uma síntese complicada do direito anglo-americano e continental em matéria penal. Representa também um difícil diálogo entre o direito penal e o internacional. De uma forma geral, está distante da técnica romano-germânica, mas como se trata de um conjunto de normas que condensam as garantias mínimas de direito penal e processual penal não apresenta incompatibilidades inconciliáveis com o nosso direito. As dificuldades podem ser superadas por via interpretativa e por ocasião da implementação desse Tratado através de lei penal especial.⁷⁶

No capítulo seguinte ingressaremos na análise da responsabilidade de comando, por ação e omissão, do ponto de vista do direito penal, procurando a origem do seu delineamento a partir do direito penal da *common law*, pois foram os seus institutos que forneceram as primeiras bases para a construção do DIPen. O passo seguinte será o confronto desse instituto à luz do

⁷⁵ Mas é inequívoco que a conspiração é a origem remota da doutrina da *Joint Criminal Enterprise* no ICTY e no ICTR.

⁷⁶ São vários os empecilhos, tema que não interessa a nossa pesquisa: ofensa à competência por prerrogativa de função, extradição, pena de prisão perpétua. Sobre eles, conferir as conferências patrocinadas pelo STJ em 2000, em torno da adesão brasileira ao Estatuto de Roma, e condensadas na Revista: REVISTA CEJ. Brasília, Centro de Estudos Judiciários, v. 4, n. 11, maio/ago., 2000.

direito penal continental, para justamente buscar ao máximo a conciliação do sistema internacional hoje condensado no Estatuto do TPI com o nosso interno, particularmente o direito penal militar, dentro do tema objeto da pesquisa.

CAPÍTULO III

A RESPONSABILIDADE DE COMANDO POR AÇÃO E OMISSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS E NOS TRATADOS DE DIH

Considerações gerais: *Neste capítulo demonstraremos a evolução da responsabilização internacional penal individual por crimes de guerra cometidos por ocasião da Segunda Guerra Mundial, primeiro por ação. Ainda por ocasião dos julgamentos referentes aos crimes cometidos neste grande conflito, como se deu a responsabilização dos comandantes por omissão. Demonstraremos os fundamentos no DICA para a responsabilização por ação e por omissão, que só muito recentemente, no Protocolo 1 de 1977, que positivou a necessidade de se punir a omissão como crime e deu o primeiro delineamento em tratado para a responsabilidade de comando. A referência à evolução jurisprudencial do instituto, desde o julgamento do Gen. Yasmashita até os julgados do ICTY, tem o objetivo de demonstrar como a responsabilidade de comando oscila entre forma de codelinquência, algo como participação por omissão, ou, como alguns sustentam, forma de responsabilização "sui generis," e como, às vezes, o mesmo agente, em face do mesmo caso, é simultaneamente, condenado com fundamento em codelinquência e responsabilidade de comando. Demonstraremos também a oscilação da jurisprudência internacional em torno do alcance da tipicidade subjetiva na responsabilidade de comando. Pretendemos deixar claro que tais situações são incompatíveis com as exigências do direito penal liberal, o que só pode ser corrigido com a previsão dessa responsabilidade em um crime específico.*

1. A RESPONSABILIDADE DE COMANDO. RESPONSABILIDADE POR AÇÃO. NUREMBERG

Desde já alertamos que algumas afirmações contidas nos capítulos anteriores deverão ser repetidas para melhor compreensão do conteúdo a partir de agora desenvolvido.

O Direito Humanitário e a Responsabilidade de Comando sempre se relacionaram, tanto em nível interno como internacional. A responsabilidade de comando surgiu em decorrência de violação de regras de Direito Humanitário, que sempre existiram, mesmo antes da formação dos Estados.

Essas regras limitadoras do uso da força continuaram existindo no plano internacional entre os Estados, por força de tratados, quando então já se podia falar em Direito *Internacional Humanitário*, mas, ainda assim, a responsabilidade de comando aparecia eventualmente, com resposta penal esporádica e apenas em nível interno.⁷⁷ Após a Primeira Guerra Mundial teve início a ideia de internacionalização da punição das chamadas violações graves, intituladas de crimes de guerra, incluindo-se a responsabilização internacional do comandante com a instalação de Cortes Internacionais, o que só se efetivou após a Segunda Guerra Mundial.

LC Green aponta como origem remota do princípio da responsabilidade de comando, o Edito do Rei da França, de 1439, que instituiu a responsabilidade de comandantes em face de crimes praticados por subordinados, consistentes, por sua vez, em violações ao direito de guerra, embrião do direito humanitário:

“It is often that the whole doctrine of superior orders and command responsibility – which may be considered two sides of the same coin – entered the law of armed conflict as a result of the Nuremberg Judgment. In fact this is far from being the case. As early as 1439 Charles VII of France issued an Ordinance at Orleans to the following effect:

The king orders that each captain or lieutenant be held responsible for the abuses, ills and offences committed by members of his company, and that as soon as he receives any complaint concerning any such misdeed or abuse, he bring the offender to justice so that the said offender be punished in a manner commensurate with his offence, according to these Ordinances. If he fails to do so commensurate with he fails to do so or covers up the misdeed or delays taking action, or if, because of his *negligence* or otherwise, the offender escapes and thus evades punishment, the *captain shall be deemed responsible for the offence as if he had committed it himself and shall be punished in the same way as the offender would have been*”.⁷⁸

Ora, essa idéia de punir o comandante pelo crime praticado pelo subordinado, mesmo com diverso estado anímico, persiste até hoje, inclusive no ER. O direito penal liberal nasceria 350 anos depois do Edito Real de Charles VII. Não tem sentido manter-se em pleno século XXI a mesma idéia, ignorando a evolução do direito penal liberal.

⁷⁷ A Convenção de Haia de 1907 por vezes é apontada pela doutrina internacional como a primeira oportunidade em que o princípio da responsabilidade de comando foi reconhecido: “International conventional Law recognize the principle of command responsibility in The Hague convention IV, which required that “armies, militia and volunteer corps ... be ... commanded by a person responsible for his subordinates”.

Cf. LAVIOLETTE, Nicole. Commanding rape: sexual violence, command responsibility, and the prosecution of superiors by the international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda. *Canadian Yearbook of International Law*, n. 36, 1998, p. 93-149. p.98.

NT Autor: O artigo 1, no nosso entendimento, não cuidou de responsabilidade de comando. Apenas determinou quais requisitos devem ser observados para que se possa considerar membros de um grupo paramilitar como combatentes e, portanto, poderem ser protegidos pelas disposições da Convenção em questão.

⁷⁸ Cf. GREEN, L. C. Command responsibility in International Humanitarian Law. *Transnational Law & Contemporary Problems*, n. 5, p. 319–371, Fall, 1995. p. 325.

O renomado autor ainda cita como exemplos próximos dispositivos dos Artigos de Guerra do Rei Gustavo Adolfo, de 1621, e o Código Lieber dos Estados Unidos, vigente quando da Guerra da Secessão. Afirma, também, que no Congresso de Viena de 1815, depois da derrota de Napoleão, foi ele considerado responsável pelas atrocidades cometidas pelas tropas sob seu comando. Este episódio, no seu entendimento, é o ponto de partida da internacionalização da responsabilidade de comando. O tratamento dispensado ao ex-mandatário serviu de precedente para a tentativa frustrada de punição dos acusados pela prática de crimes de guerra, após o primeiro grande conflito mundial, encabeçados pelo Imperador Guilherme II, cuja punição também tinha por fundamento crimes perpetrados pelos subordinados.

Do ponto de vista do direito penal liberal, a ideia de punição do superior militar pela prática de crime perpetrado pelo subordinado, em virtude apenas da relação de subordinação hierárquica, remonta a períodos da história anteriores à Revolução Francesa. Por essa época ainda não estavam lançadas as bases do direito penal liberal, que tem como um dos seus pilares a responsabilização individual com culpa devidamente comprovada. Antes desse marco histórico não era difícil encontrar hipóteses de responsabilização objetiva diante de qualquer prática delitativa. Após a Revolução Francesa, punir alguém por omissão em face da prática de crime perpetrado por outro, com a mesma pena ou pena ainda maior, sem que tenha havido comprovação do liame subjetivo entre ambos, sem culpabilidade ou com estado anímico diverso do "partícipe" em relação ao executor, é medida pouco adequada aos fundamentos do direito penal como concebemos hoje. No entanto, em pleno século XX, a responsabilidade de comando nos seus primeiros passos não seguiu esses basilares preceitos, como veremos a partir de agora.

A origem próxima da Responsabilidade de Comando, como dito, foi a tentativa de julgamento do soberano supracitado através de uma Corte Internacional. Após a Segunda Guerra Mundial, com os tribunais de Nuremberg e Tóquio, internacionalizou-se de vez a responsabilidade de comando, em nível normativo por *ação*. Por omissão foi delineada através de jurisprudência dessa última Corte e dos julgamentos que se seguiram em território alemão ocupado, sob a égide da Lei do Conselho nº 10.

Os Estatutos do IMT e do Tribunal de Tóquio não continham dispositivo específico sobre responsabilidade de comando e sim de responsabilidade criminal de comandantes e dirigentes políticos dentro da perspectiva do *conspiracy*, nitidamente em face de *comportamento*

ativo. Quer dizer, não existiam dispositivos específicos sobre responsabilização em caso de omissão criminosa de uma forma geral, pior ainda para superiores.

Em Nuremberg assim dispunha o artigo 6º do Estatuto do Tribunal sobre a responsabilização individual:

Art. 6º O Tribunal estabelecido pelo Acordo mencionado no artigo 1 acima para o julgamento e a punição dos grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo será competente para julgar e punir todas as pessoas que, agindo por conta dos países europeus do Eixo, tenham cometido, individualmente ou na qualidade de membros de organizações, um dos crimes a seguir:

(...)

Os dirigentes, organizadores, provocadores ou cúmplices que tomaram parte na elaboração ou na execução de um plano orquestrado ou de um complô para cometer qualquer um dos crimes acima definidos são responsáveis por todos os atos realizados por qualquer pessoa na execução desse plano.

A responsabilidade penal do comandante ou dirigente político, pela própria redação do Estatuto, adviria do fato de *planificarem a ação* dos subordinados, razão pela qual seriam responsabilizados pelo que eles praticaram, o que se justifica com fundamento na codelinquência.

Independentemente do acerto da punição isolada da planificação através do *conspiracy*, a punição levada a efeito com base no crime executado pelos encarregados de colocar em prática as atrocidades realmente seria possível, pois os requisitos do concurso eventual estavam presentes em Nuremberg. Assim sendo, é possível dizer que existiu pluralidade de condutas, em que o comandante ou agente político, ao construir a política de violação do DIH figurou como o mentor e os subordinados os executores. Estava presente a relevância causal, na medida em que o comportamento desencadeado pelos subordinados, consistentes nos crimes da competência do Tribunal, decorreu da planificação encetada pelo mentor intelectual, de novo os superiores, civis e militares. Nesse momento, como dito no capítulo anterior, foram acusados perante o Tribunal de Nuremberg, com exclusividade, em razão da grande extensão territorial de alcance da planificação da qual foram eles os autores intelectuais. Existiu o liame subjetivo, que não necessita de acordo entre mandante e executor, até porque ele sabe estar cumprindo uma ordem criminosa. Para o liame subjetivo basta a adesão subjetiva, que pode até acontecer quando apenas um agente conhece e adere à prática delitiva desencadeada por outro. A adesão subjetiva, por outro lado, também não exige participação efetiva dos mentores em cada ato executivo, nem mesmo que o autor da determinação da prática delitiva - o superior - pratique ato material criminoso desencadeado pelo subordinado. Com mais razão, a punição dos principais líderes ainda se justificava se adicionarmos a teoria do domínio por organização como vimos no capítulo

anterior, tarefa, em ambas as hipóteses facilitada porque a responsabilidade naquele momento foi por ação.

Presentes os requisitos acima, os superiores - gerais e dirigentes políticos - foram corretamente considerados responsáveis pela prática delitiva desencadeada pelos subordinados. Além de configurado o crime de conluio, comparado com o tratamento da nossa legislação penal, tratou-se de caso de *participação por determinação*, que, perante o CPB e o CPM,⁷⁹ até importa em incidência de agravante genérica. Os atos que materializaram a planificação foram devidamente comprovados no julgamento, aliás, são notórios, e como, em essência, se tratava de punir a planificação, não era necessário também punir o executor naquele momento.

Dessa forma, na qualidade de criadores da política de extermínio e de outras violações desencadeadas pelos seus subordinados, a responsabilização dos "Grandes Criminosos de Guerra" ocorreu pela *ação* praticada, ou seja, o desencadeamento da política de violação do DIH por eles criada e executada pelos últimos, hipótese, portanto, de *comissão*, motivo pelo qual não foi necessário ingressar-se na complicada doutrina da omissão, verdadeira *via crucis* em termos de responsabilização penal, pior ainda quando associada à codelinquência. Por sua vez, os executores, ou aqueles que contribuíram para o planejamento apenas local, seriam julgados em Cortes Nacionais dos países onde os crimes foram perpetrados também em face do crime praticado por ação. Nessa segunda etapa, alguns comandantes de grande comando foram a julgamento e a responsabilização penal a título de omissão foi enfrentada, porém sem o rigor técnico que a doutrina penal empresta ao tema, o que vem se perpetuando até hoje, em inequívoca violação do princípio da legalidade.

L. C. Green, no mesmo trabalho, ao resumir os julgamentos do IMT sobre responsabilização do comandante no artigo citado, assim concluiu:

"It is clear from these extracts that the Nuremberg Tribunal's findings were only concerned with command responsibility in the most indirect fashion, holding the accused liable for having been parties to their framing, or for issuing or passing on of orders which were of general application".⁸⁰

⁷⁹ Cf. Artigo 62, incisos I e II, I do CPB, que correspondem ao artigo 53, § 2º, incisos I e III, do CPM. Na legislação penal militar, de acordo com o artigo 53, § 4º, do CPM, nos crimes de autoria coletiva, como o motim e a revolta, os responsáveis pela direção do comportamento dos demais serão considerados *cabeças*, o que pode corresponder ou não à condição de superior hierárquico.

⁸⁰ Cf. GREEN, L. C. Command responsibility in International Humanitarian Law. *Transnational Law & Contemporary Problems*, n. 5, p. 319–371, Fall, 1995. p. 333.

Como visto, não foi esse ainda o momento da discussão da omissão criminosa, que é justamente o tema central da responsabilidade de comando.

2. RESPONSABILIDADE DE COMANDO - OMISSÃO

O problema da responsabilização de comando verdadeiramente se coloca em termos de *omissão*, o que só vai acontecer a partir dos julgamentos de Tóquio, ainda por ocasião do fim da Segunda Guerra Mundial. Isso não aconteceu em Nuremberg porque o que se tencionava ali julgar, como o próprio artigo 1º do Estatuto dizia, eram os “criminosos de guerra cujos delitos não têm região geográfica determinada, se forem eles acusados individualmente ou na qualidade de membros de organizações ou grupos, ou de ambos”. A omissão quando apareceu foi no contexto de ação, consistente no desencadeamento da política de violação do DIH, para o qual os réus deram adesão e até participaram do seu planejamento. Porém, como no direito penal anglo-americano - o principal influenciador na criação dos Estatutos das Cortes de Nuremberg e Tóquio -, a legislação penal escrita normalmente não possui dispositivos sobre nexo de causalidade e codelinquência; foi necessário importar o tipo penal de conspiração dos países desse sistema de direito, conferindo-lhe roupagem própria, bem como a previsão de punição de organizações estatais para alcançar os criadores e condutores da política de extermínio e dos crimes de guerra desencadeados a partir dessa política expansionista nazista, e, com mais facilidade, dentro da ideia de punição coletiva, alcançar os executores em momento posterior. Diante de um código penal continental, esse problema não se colocaria, pois se trata de aplicar a norma de extensão da codelinquência, não sendo necessário que se crie um tipo penal para alcançar mentor intelectual de crime nenhum, principalmente se desencadeado por ação.

Mas a conspiração e a punição de organizações não foram suficientes para alcançar a omissão de quem poderia controlar a ação dos executores dos crimes de guerra, justamente por déficit normativo, solução que só o direito penal continental poderia fornecer naquele momento. Por essa razão desde já nota-se o pouco enfrentamento do tema à luz da doutrina penal, cujos contornos ficaram mais a cargo do direito civil a partir das situações de responsabilização indireta.⁸¹

⁸¹ NT Autor: A doutrina do “command responsibility” é associada à responsabilização indireta, típica do direito civil. Parece não ter havido uma imersão na doutrina penal para fixar-se os contornos da imputação à título de omissão.

Dentro da ótica penal, se fôssemos fazer uma comparação com o sistema continental, discutiu-se *omissão imprópria* ou *comissão por omissão* do comandante em face do comportamento de seus subordinados, embora sem nenhuma referência expressa a esses termos. Novamente entra em cena o direito penal anglo-americano. Aqui as dificuldades triplicaram, pois além de não existirem nos códigos penais dos países que redigiram esses Estatutos dispositivos sobre nexos causal, codelinquência e tipicidade subjetiva, com mais razão, nada dispunham sobre comissão por omissão. Ou seja, a construção da responsabilidade de comando por omissão foi um trabalho árduo, com pouco parâmetro interpretativo baseado em legislação penal escrita, e, o que é pior, dentro de um ramo do direito público que exige o máximo de certeza possível no delineamento da ilicitude. Quando muito, foi utilizada a doutrina da *mens rea* - tipicidade subjetiva, grosso modo, para construir esse tipo de responsabilização, o que também se revelou insuficiente para essa tarefa pelas razões que veremos mais a frente.

A. Yasmashita.

O *leading case* da responsabilidade de comando por omissão foi o julgamento do Ten. General Ex. Tomoyuki Yamashita, então comandante de grande comando do exército japonês estacionado nas Filipinas. Com o avanço das forças norte-americanas, o seu grupo de exércitos foi recuando e cometendo atrocidades impressionantes contra a população civil das Filipinas: estupros, assassinatos em massa e outras barbáries. Rendeu-se em 3 de setembro de 1945. Foi processado perante Corte uma Comissão Militar, iniciando-se seu julgamento em 29 de outubro de 1945 e condenado, em 7 de dezembro do mesmo ano, à pena de morte por enforcamento.

A base da condenação foram as atrocidades cometidas por seus subordinados, e que ele, segundo a acusação, deveria ter tido conhecimento dada a notoriedade desses crimes. E. Van

Vejamos a definição de Mirjan Damaska: "Command responsibility" is an umbrella term used in military and international law to cover a variety of ways in which individuals in positions of leadership may be held accountable. In its broadest sense the term refers to the liability of a military commander for failure properly to discharge his duties. The failure need not necessarily imply insufficient control over the conduct of subordinates: a commander could be punished, for example, because he exposed his troops to undue risk. But in a narrower sense, the term refers to the commander's liability for the criminal conduct of his underlings. This type of liability may in turn be variously structured, and be either civil, disciplinary or criminal in nature. Of late, however, the term is usually reserved to denote a species of this latter type – a species in which not only a military commander, but also a non-military personally had executed the criminal deed. Problems related to this particular species of command responsibility, as it has developed in international law, are the subject-matter of this essay...

Cf. DAMASK, Mirjan. The shadow side of command responsibility. *American Journal of Comparative Law*, n. 49, p. 455- 496, 2001. p.455.

Trataremos novamente do tema a frente.

Slidregt refere-se ao trecho principal da acusação sob esse fundamento, depois confirmada pela sentença condenatória, a seguir também transcrita:⁸²

“Those atrocities were spread from the northern region of the Philippine Islands to the southern portion; that they were so notorious and so flagrant and so enormous, both as to scope of their operation and as to its inhumanity, the bestiality involved, that they must have been known to the accused if he were making any effort whatever to meet the responsibilities of his command or his position; and that if he did not know of those acts, notorious, widespread, repeated, constant as they were, it was simply because he took affirmative not to know”.

A sentença:

“Nevertheless, where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offences, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops, depending upon their nature and the circumstances surrounding them.”

A defesa arguiu que ele não tinha nenhum conhecimento sobre os crimes que estavam sendo cometidos, sobretudo diante da quebra de comunicação com as unidades sob o seu comando quando da ofensiva aliada, o que foi contraposto pela ideia de que diante de tão evidentes crimes, Yasmashita “*must have known*”, ou seja, deveria ter tido conhecimento de que tais violações estavam acontecendo. A defesa ingressou com ordem de *Habeas Corpus*, primeiro perante a Suprema Corte Filipina que não conheceu do pedido, sob o fundamento de que não tinha competência para rever atos do Exército dos EEUU⁸³. Depois ingressou com outro pedido de *Habeas Corpus* agora perante a Suprema Corte Americana, que, embora conhecendo da impetração, findou por referendar o julgamento da Corte Militar. A decisão não adentrou no mérito da culpabilidade do acusado. Restringiu-se a analisar questões formais sobre a legalidade do julgamento, particularmente se a referida Corte tinha autoridade para julgá-lo, em face da alegação do réu de que o órgão julgador já não mais tinha poder jurisdicional, pois as hostilidades haviam cessado⁸⁴.

Essa é a primeira fórmula utilizada para a responsabilização por omissão do comandante em crimes de guerra - *must have been known*. Ela evidencia que se tratava de uma hipótese de participação por omissão em crime comissivo de resultado. O comandante omissor em controlar a tropa foi responsabilizado pelo crime cometido pelo subordinado na mesma medida, ou seja, com

⁸² Cf. SLIEDREGT, E. Van. *The criminal responsibility of individuals for violations of International Humanitarian Law*. Netherlands: TMC Asser, 2003. 437 p. p. 122.

⁸³ Cf. AMBOS, Kai. Superior Responsibility. In: Cassese et al. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford University Press: New York, 2002, p.808.

⁸⁴ Cf. CRONA, Spencer J.; RICHARDSON Neal A. Justice for war criminals of invisible armies: a new legal and military approach to terrorism. *Okla. U. L. Rev.*, n. 21, Summer/Fall, 1996, p. 367-371. p.369.

aplicação da teoria monista da codelinquência, o que se ajustava à ideia de punição coletiva que norteou os primeiros julgamentos.

Do ponto de vista dos requisitos do crime comissivo por omissão, subsiste aí uma clara confusão tipicidade objetiva e subjetiva. Ou seja, entre a posição de garante do comandante, cuja violação do dever de impedir o resultado (e não violação do dever de agir) o vincula objetivamente ao resultado lesão efetiva do bem jurídico: assassinato de prisioneiros de guerra, por exemplo, desencadeado criminosamente pelo subordinado e o estado anímico do comportamento omissivo. E essa confusão acaba por contaminar a própria codelinquência, pelo menos no significado próprio do direito penal continental, pois seria o mesmo que concluir pela responsabilidade do comandante pelos crimes praticados dolosamente por subordinados, quando não exerceu controle adequado, mesmo que a sua omissão não seja também dolosa no mesmo sentido do crime perpetrado.

O *must have been known* abrangia ao mesmo tempo problemas de tipicidade objetiva (nexo causal, posição de garante na omissão imprópria e codelinquência) e subjetiva (dolo e culpa). Em um primeiro momento da construção dessa doutrina, quando estava presente o dever de impedir o resultado, em face da condição de comandante e diante de atrocidades evidentes, haveria responsabilidade pela omissão em controlar a tropa, pouco importando se isso era possível ou não e sem consideração alguma sobre o estado anímico que informava o seu comportamento negativo, ou mesmo se esse estado anímico guardava correspondência com o agir doloso do subordinado.

O fundamento jurídico utilizado para a condenação não é válido perante o atual estágio do direito penal continental, tampouco perante a *common law*. O pai, por exemplo, vincula-se ao resultado morte do filho se não providenciou a alimentação adequada, de acordo com o artigo 13, § 2º, "a", do CPB, e deu ensejo a que ele morresse por inanição. Coisa diversa é saber se ele vai responder por homicídio doloso ou culposo. Adicionando-se à omissão imprópria a teoria monista da codelinquência, aquele que tem o dever jurídico de impedir o resultado em razão do controle de comportamento de terceiros só será responsável pelo crime doloso executado se deu assentimento ao comportamento criminoso. A punição a título de crime culposo estará na dependência de haver previsão dessa modalidade de crime e do seu comportamento preencher os requisitos da responsabilização culposa.

Conclui Matthew Lippman que pesou mesmo na condenação o estado de passividade diante dos crimes perpetrados. Na verdade, o fundamento foi político. O lado positivo da decisão da Suprema Corte Americana foi a imposição de uma obrigação afirmativa de controle por parte dos comandantes, em outras palavras, uma posição de garante:

“In summary, the Yasmashita decision issued by the United States Supreme Court imposed an affirmative obligation upon commanding officers to take prophylactic measures to prevent and to punish violations of the humanitarian law of war. The details and context of this duty. However, remained uncertain and ill defined. In the end, the Court avoided the thorny issue of the extent of Yasmashita’s knowledge and seemingly punished him for his passivity, holding him strictly liable for failing to anticipate and to take action to prevent and punish the widespread commission of war crimes”⁸⁵.

Reafirmando o que foi dito linhas atrás, o “*must have been known*” do “*leading case*”, além de ter anormalmente funcionado como uma hipótese de posição de garante, implicou em responsabilidade objetiva não apenas pela ausência de indagação concreta sobre se efetivamente houve desconsideração pelo comandante da situação de ilicitude em que se envolviam os subordinados, ou seja, é o mesmo que dizer: dado que é comandante, segue-se que é responsável pelo que os subordinados fizeram. Além disso, no julgamento se olvidou que tipo de desconsideração foi essa do ponto de vista subjetivo, isto é, dolosa ou culposa. Pouca importância teve essa discussão para os julgadores, e o comandante em questão, considerado omissor, acabou sendo responsabilizado pelos crimes perpetrados pelos subordinados, embora seja bem possível que realmente não tivesse exercido o controle por falta de conhecimento definitivo dos crimes praticados; ou não pudesse fazê-lo em face de ausência de informações fornecidas pelo seu estado-maior, ou, quem sabe, ainda que tivesse a seu dispor tais informações, não conseguisse exercer sua autoridade sobre da tropa, com a qual já não mais conseguia manter comunicação. Mesmo assim respondeu pelo crime praticado pelos subordinados e com a pena até maior: pena de morte.

Ainda tendo como parâmetro o direito penal continental a partir da nossa legislação penal, do ponto de vista da tipicidade objetiva, partiram os julgadores do pressuposto errado de que se tratava de uma hipótese de codelinquência. Outra dissonância com o direito penal liberal. Ora, faltava o requisito básico do liame subjetivo entre os protagonistas. O executor agira dolosamente e o comandante não tinha sequer conhecimento dos crimes que foram executados, por ausência de comunicação. Antes disso, no entanto, uma discussão se impunha: se o caso era

⁸⁵ Cf. LIPPMAN, Matthew. Humanitarian law: the uncertain contours of command responsibility. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 9, p. 1-93, Fall, 2001. p. 13.

de codelinquência também deveria ter sido demonstrada a relevância causal da omissão, vale dizer, se a pronta intervenção iria por fim aos graves crimes perpetrados.

B. Julgamentos com base na Lei do Conselho nº 10

Em 1948 iniciaram-se os julgamentos dos criminosos em nível local, no território dos países que foram ocupados e também na Alemanha agora ocupada pelos aliados. Sob a vigência da Diretriz nº 10 do Conselho de Controle da Alemanha foram a julgamento dois casos, que se distanciaram bastante da fórmula criada no julgamento do Gen. Yasmashita, embora o referido diploma também não tratasse especificamente de omissão. O delineamento do comportamento negativo do comandante frente aos subordinados continuou objeto exclusivo de jurisprudência, porém com abandono da tese do "strict liability", responsabilidade objetiva, baseada na presunção de conhecimento de fatos a partir da demonstração da existência da relação de gradação hierárquica e da natureza das violações que, sendo graves, deveria o comandante saber que foram perpetradas.

O primeiro julgamento ficou conhecido como "High Command Case", em 1948, e tratou de julgar, entre outros comandantes, o Marechal de Campo Wilhelm Von Leeb por ter implementado duas ordens consideradas ilegais: a primeira, chamada "Barbarossa", ordenada em 13 de maio de 1941 pelo Marechal de Campo Wilhelm Keitel, autorizando "líquidar" os franco-atiradores, o que resultou na morte de muitos civis; a segunda, "Comissar Order", ordenada por Hitler em 6 de junho de 1941, autorizando a execução, sem julgamento, de oficiais políticos da ex-União Soviética, os chamados "Comissários do Partido". Segundo Andrew D. Mitchel:

"The Nuremberg Military Tribunal found Von Leeb not guilty of implementing the Commissar Order, since Von Leeb's headquarters had no authority over the order and only acted in an administrative capacity. The Tribunal stated: "He did not disseminate the order. He protested against it and opposed it in every way short of open and defiant refusal to obey it".⁸⁶

Por essa ordem foi absolvido, pois não tinha poder de influência sobre o seu cumprimento.

Quanto à ordem *Barbarossa*, foi considerado culpado e condenado a três anos de prisão.

Afirma o autor:

⁸⁶ Cf. MITCHEL, Andrew D. Failure to halt, prevent or punish: the doctrine of command responsibility. *The Sidney Law Review*, Sydney, n. 22, p. 381-409, Sep., 2000. p. 392

“However, the Tribunal found Von Leeb guilty of implementing the Barbarossa Order by passing it down the chain of command and “having set this instrument in motion, he assumes a measure of responsibility for its illegal application. Moving away from the Yasmashita standard, the Tribunal held that culpability would attach only where there is a “personal dereliction of duties”: “the authority ... of a commander and his criminal responsibility are related but this chain of command from that fact alone. There must be a personal dereliction. That can occur only where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part. In the latter case, it must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence”.⁸⁷

Nesse caso, a condenação baseou a culpa no fato de ter permitido a implementação da ordem para toda a cadeia de comando, razão pela qual teve conhecimento dos crimes que seriam perpetrados em virtude da dita ordem. Especificamente sobre Von Leeb, Bassiouni afirmou o seguinte, referendando o abandono da ideia de responsabilidade objetiva:

“With regard to von Leeb, the Tribunal specifically delineates the standard of knowledge by which a commander can be held criminally responsible, stating: It is not considered under the situation outlined that criminal responsibility attaches to him merely on the theory of subordination and over-all command. He must be shown to have had knowledge and to have been connected to such criminal acts, either by way of participation or criminal acquiescence”.⁸⁸

Pela transcrição pode-se ver bem que a origem da doutrina estava intimamente ligada à teoria da codelinquência pela conexão com os crimes praticados, ao invés da opção pela criação de um tipo incriminador próprio.

Outra série de julgamentos importantes com base na Lei do Conselho de Controle nº 10 foi o chamado “Hostage Case”. Slidregt transcreve a parte do acórdão em que se analisa a tipicidade subjetiva do comportamento criminoso atribuído ao Ten. Gen. Ex. Wilhelm List, em face de inúmeros reféns assassinados por subordinados ao seu comando:

“The defendant List also asserts that he had no knowledge of many of the unlawful killings of innocent inhabitants which took place because he was absent from his headquarters where the reports came in and that he gained no knowledge of the acts. A commanding general of occupied territory is charged with the duty of maintaining peace and order, punishing crime, and protecting lives and property within the area of his command. (...) If he fails to require and obtain complete information, the dereliction of duty rests upon him and he is in no position to plead his own dereliction as a defense (...) His failure to terminate these unlawful killings and to take adequate steps to prevent their recurrence constitutes a serious breach of duty and imposes criminal liability”.⁸⁹

⁸⁷ Cf. MITCHEL, Andrew D. Failure to halt, prevent or punish: the doctrine of command responsibility. *The Sidney Law Review*, Sydney, n. 22, p. 381-409, Sep., 2000.

⁸⁸ Cf. BASSIOUNI, Cherif. *International Criminal Law*. 2. ed. New York: Transnational, 1999. p.384-385.

⁸⁹ Cf. SLIEDREGT, E. Van. *The criminal responsibility of individuals for violations of International Humanitarian Law*. Netherlands: TMC Asser, 2003. 437 p. p. 125.

É nítido nesses julgamentos, portanto, a exigência de demonstração de culpa, sendo insuficiente para a dita responsabilização a extensão dos crimes perpetrados pelos subordinados aliada à condição de comandante. Nesses casos, ou ele sabia realmente da existência dos crimes ou o conjunto de informações a sua disposição poderia fazê-lo tomar conhecimento das atrocidades e impedir a sua realização, dentro de uma hipótese de conhecimento presumido

Lippmann assim conclui sobre esses dois conjuntos de casos:

"In summary, the primary contribution of The Control Council n. 10 cases was to extend the doctrine of command responsibility to territorial commanders. Military and civilian officials were held responsible for insuring lawful conduct within their territorial command by subordinate units as well as by those outside their chain of command. The strictly liability test for territorial commanders was abandoned in favor of the knowing or gross negligence standard. Courts resisted presuming knowledge and examined the facts in each case. Actual knowledge was difficult to establish absent reports and Courts were inconsistent in their application of the constructive knowledge standard; this may have reflected a reluctance to impute knowledge to military and governmental officials. Officials possessed a duty to intervene to the extent of their authority and power to prevent and to punish war crimes. In some instances, a duty was placed on individuals who exercised informal influence rather than authoritative power. The obligation on a commander to take energetic and efficient affirmative action to prevent criminal conduct was not qualified by the possibility that this might result in criminal prosecution for insubordination."⁹⁰

Mas se é certo que nos julgamentos referidos ficou assentado que a simples condição de superior não seria suficiente para caracterizar a responsabilização pela ausência de controle, de outra banda não ficou claro em que deveria consistir a demonstração da culpa do comandante, obviamente na hipótese de "culpa construída", ou seja, quando ele "deveria saber" que crimes estavam sendo cometidos. A dúvida que emerge dos dois casos é se a falha consistiu na má avaliação das informações a sua disposição ou pelo fato de não ter adequadamente supervisionado as ações da tropa. Este último entendimento implica em se exigir um comportamento positivo do comandante e a omissão criminosa consiste na falha em descobrir as violações praticadas pelos subordinados.⁹¹

Essa dúvida quanto ao alcance da violação do dever de cuidado no controle da tropa persiste até hoje e é fruto do delineamento pouco adequado em norma escrita da tipicidade objetiva dos

⁹⁰ Cf. LIPPMAN, Matthew. Humanitarian law: the uncertain contours of command responsibility. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 9, p. 1-93, Fall, 2001. p. 35-36.

⁹¹ Eugenia Levine assim se pronunciou sobre essas duas correntes: "... The *High Command Case* clearly rejected the concept of strict liability. However, it is less than clear exactly what level of negligence the Tribunal was advocating. Several authorities have interpreted the Tribunal's statement as supporting a "should have known standard" based on a commander's positive duty to know the actions of his subordinates. Other have argued that the tribunal set a more lenient standard of knowledge, not requiring commanders to attempt to "discover" the misconduct of his soldiers". Cf. LEVINE, Eugenia. Command responsibility: the mens rea requirement. *Global Policy Forum*, p. 1-10, Feb., 2005. Disponível em: <<http://www.globalpolicy.org/intljustice/general/2005/command.htm>> Acesso em: 17 mar. 2009. p.3.

crimes internacionais, a nosso aviso, notadamente no que diz respeito à omissão e à codelinquência. Como foi dito antes, no Estatuto do ICTY, por exemplo, responsabilidade individual e responsabilidade de comando são tratadas no mesmo dispositivo. É certo que o direito penal da *common law*, que influenciou os primeiros passos do DIPen, em grande parte não é escrito, mas é edificado em rígida construção a partir de precedentes judiciais, que tratou de separar esses temas de forma adequada. Não é o caso do DIPen. Embora originário da *common law*, buscou o tratamento desses institutos de forma escrita, à maneira do sistema continental. Não o fez, porém, de forma sistemática, dando ensejo a perplexidades, que vão desde a dificuldade de saber do que efetivamente se trata a responsabilidade de comando até a essência do estado anímico a ela relacionado.

Outra dificuldade se verifica no plano subjetivo. A construção desse tipo de responsabilização não se baseava em dispositivo próprio sobre o estado anímico do agente, ou seja, dolo e culpa, nem para essa hipótese, tampouco para outros crimes internacionais, o que só aconteceu muito recentemente com o ER. O que é certo nesse momento é o abandono pela jurisprudência internacional da ideia de responsabilidade objetiva, bem como ter ficado definitivamente assentado o dever de impedir o resultado em face da condição de superior.

C. Convenções de Genebra de 1949

A esta altura, com o fim da Segunda Guerra Mundial, após os julgamentos do IMT e do Tribunal para o Extremo Oriente e dos julgamentos com base na Lei do Conselho de Controle nº 10 podemos tirar as seguintes conclusões: que o julgamento do Gen. Yasmashita criou a responsabilidade criminal de comando, com base na omissão e codelinquência, porém com fundamento na responsabilidade objetiva; que os julgamentos seguintes com base na Lei do Conselho de Controle nº 10 reafirmaram a obrigação do comandante de impedir a prática de crimes por parte dos seus subordinados, instituindo uma obrigação de impedir resultados – posição de garante - mas, corretamente, foi abandonada a fórmula da responsabilidade objetiva, passando a exigir que ficasse demonstrado o conhecimento da prática delitiva executada pelos subordinados – atual ou construído – mesmo que sem aquiescência a esse resultado, com fundamento na grave *negligência* no controle do comportamento deles.

Em que pese a evolução com o abandono da responsabilidade objetiva, em todos esses julgamentos fica nítida a confusão entre posição de garante, que é um problema atinente ao nexo de causalidade na omissão imprópria, integrando a tipicidade objetiva, e o estado anímico do

comandante omitente, ou seja, o estado psicológico frente ao crime perpetrado, se doloso ou culposo, seara da tipicidade subjetiva.

As dificuldades do delineamento dessa forma de responsabilidade omissiva decorreram, pensamos, das dificuldades técnicas de um lado, algumas já apontadas, e de outro, por falta de fundamentação segura dos principais acordos de DIH sobre a caracterização da omissão como crime, no plano nacional ou internacional.

Após a Segunda Guerra Mundial foram celebradas as atuais Convenções de Genebra de 1949. Como anota Antonio Cassese,⁹² fizeram previsão de alguns casos de omissão, que o citado autor classificou como obrigações qualificadas. Estão elas previstas nos artigos 12 (5), G1; art. 12 (2, in fine), G2; art. 60, G3, e artigos 55 e 56 da G4. De fato, nesses dispositivos existe referência a determinadas obrigações positivas que importariam em violações, porém, não está dito que seriam violações graves, tampouco que caracterizariam crimes. Quando se trata de crime, os acordos de Genebra se referem apenas às chamadas violações graves. O único dispositivo referente à omissão com essas características é o artigo 13 G3 sobre prisioneiros de guerra:

Art. 13 : "Os prisioneiros de guerra devem ser tratados com humanidade. Todo ato ou omissão ilícita por parte da Potência detentora que tenha como consequência a morte, ou ponha em grave perigo a saúde de um prisioneiro de guerra em seu poder, é proibido e considerado infração grave à presente Convenção ..."

Em todos os dispositivos referentes às violações graves que importam em repressão penal a ênfase é claríssima quanto ao comportamento positivo. Por exemplo, artigo 129, G3: "As Altas Partes Contratantes comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas necessárias para fixar as sanções penais às pessoas que tiverem cometido ou dado ordens para que se cometa qualquer uma das seguintes infrações graves..." . É certo que, como mesmo acentua o festejado autor, vários casos de omissão de comandantes foram julgados sobretudo por ocasião da Segunda Guerra Mundial, como já referido, mas a caracterização do crime ficou por conta da jurisprudência, com base no costume. Isso é inaceitável há muito tempo para o direito penal continental e, dada a sua aproximação atual com o ER, em breve também o será para o DIPen.

Por ocasião da Guerra do Vietnã, a responsabilidade de comando acabou voltando à baila em um caso, cujo julgamento perante as Cortes Militares norte-americanas frustrou a opinião pública.

⁹² Cf. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. 472 p. p. 202.

Houve um ataque mal-sucedido que acarretou o massacre de civis indefesos, fatos gravíssimos ocorridos sob a supervisão de dois oficiais do exército norte-americano que nada fizeram para frear o comportamento dos subordinados. Ou seja, é caso tipicamente de omissão de comandante e foi inevitável compará-lo com os julgamentos que se operaram na Segunda Guerra Mundial. Este episódio é conhecido como o caso "My Lai".

D. My Lai - Vietnan

Por ocasião da Guerra do Vietnã estavam vigentes as atuais Convenções de Genebra de 1949, persistia, portanto, a lacuna na definição da responsabilidade de comando por omissão, aliás, responsabilidade por omissão de uma forma geral. A matéria continuava restrita a casos julgados, mas alguns pontos já estavam consolidados, tais como: a obrigação do comandante em controlar a ação dos subordinados e sua responsabilidade subjetiva frente a essa omissão, tendo em vista o abandono da regra do "strict liability" formulada no julgamento de Yasmashita. A decisão proferida no caso My Lai vai restringir ainda mais o entendimento da tipicidade subjetiva, gerando impunidade, ao limitar, sem nenhuma justificativa plausível, a adequação típica para uma situação em que claramente os comandantes se omitiram de forma criminosa em face de indiscutível cometimento de crime de guerra por parte de subordinados, fatos que eles tinham conhecimento. Essa decisão, sem dúvida, representa uma involução, embora reafirme a subordinação ao princípio da culpabilidade.

Em 16 de março de 1968, uma força especial de combate lançou um ataque contra uma aldeia sul-vietnamita onde se acreditava ser local que abrigava guerrilheiros "vietcongs". Foram destacadas para a operação três companhias. Duas delas desempenhavam a função de bloqueio e apoio. A terceira, a Companhia "Charles", comandada pelo Cap. Ex. Ernest Medina, se incumbiria de lutar contra a resistência, que, segundo informes de inteligência, reuniria cerca de 250 guerrilheiros. Lá chegando não encontraram resistência alguma nem presença de combatentes inimigos, pelo contrário, na aldeia só existiam civis desarmados. Inesperadamente, a Companhia "Charles" começou a disparar contra os civis e em um conjunto de casas chamado My Lai, onde ocorreu a maioria dos assassinatos. Civis eram colocados em grupos e fuzilados. A situação somente terminou quando um oficial, piloto de um dos helicópteros, determinou que o soldado operador da metralhadora a bordo da aeronave disparasse contra os colegas de farda caso continuassem a matança.

O oficial que conduzia as operações e presenciou as atrocidades foi o 1º Ten. Ex. Calley, aliás, o único condenado. Quanto ao Cap. Ex. Medina, tentou-se responsabilizá-lo segundo os preceitos da responsabilidade de comando, sobretudo porque acompanhava o desenrolar das operações via rádio.

O Capitão Medina foi absolvido sob o fundamento de que não tinha *conhecimento definitivo* de que as tropas sob o seu comando estavam cometendo crimes de guerra. Segundo Andrew D. Mitchel:

“This formulation of the command responsibility doctrine takes the actual knowledge/criminal negligence requirement used in the *High Command Case* even further, reducing the burden of responsibility place on commanders. The requirement of actual knowledge imposes a very high threshold for command responsibility. Not surprisingly, Medina was acquitted on the basis that he did not have actual knowledge of the crimes being committed.”⁹³

Matthew Lippman teceu críticas ao julgamento e trouxe à baila observações da doutrina a respeito da demonstração da negligência do controle, comparando-a com a decisão proferida em Yasmashita, pois entre elas existe inevitável contradição. De um lado, responsabilidade objetiva quando o acusado era um oficial estrangeiro: agora, necessidade de comprovação de culpa para o oficial nacional, quando a jurisprudência supedânea dessa decisão - dos julgamentos com base na Lei do Conselho nº 10 - se conformava com a demonstração da negligência construída, cujo sentido perante o nosso direito trataremos no capítulo seguinte.

“Telford Taylor criticized the instructions, arguing that the knowledge standard was too strict. Professor Robert Clark echoed these sentiments and contrasted the strict liability standard imposed upon General Yasmashita with the narrowly crafted actual knowledge test applied in Medina: It is “hard to avoid the feeling that there is a certain amount of hypocrisy lurking somewhere”. Clark pointed out that the law of homicide encompassed a range of mental states and that the jury should have been instructed that “the incompetent commander who does not know, but ought to know, what his men are about is being culpably negligent and may be convicted of ... manslaughter”. He noted that the law of war aspired to minimize the loss of human life and thereby to affirm the importance of humanitarianism. These values, in Clark’s view concluded that the “actual knowledge test, in a context like My Lai, is an invitation to the commander to see and hear no evil. It is not consistent with a serious effort to make the command structure responsive to the humanitarian goals involved.”⁹⁴

A comparação com a decisão proferida no caso Yasmashita, de fato, se impõe, tendo em vista o fundamento dessa condenação assentar-se em responsabilidade objetiva, que contraria o direito penal

⁹³ Cf. MITCHEL, Andrew D. Failure to halt, prevent or punish: the doctrine of command responsibility. *The Sidney Law Review*, Sydney, n. 22, p. 38-409, Sep., 2000. p. 396.

⁹⁴ Cf. LIPPMAN, Matthew. Humanitarian law: the uncertain contours of command responsibility. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 9, p. 1-93, Fall, 2001. p. 39.

liberal. Se algum benefício trouxe, foi o de tornar cláusula pétrea a obrigação do comandante em controlar o comportamento dos seus comandados no teatro de operações. Mas a decisão proferida em My Lai também se distancia da evolução da doutrina da responsabilidade de comando, considerando as decisões proferidas nos casos sob a égide da Lei do Controle nº 10, ou "High Command Cases", embora aparentemente encontre fundamento nessas decisões, cuja semelhança para no abandono da responsabilidade objetiva. É que nesses julgamentos proferidos após a Segunda Guerra Mundial e pós-Yasmashita ficou evidenciada a necessidade de comprovação do conhecimento definitivo da prática de crimes por parte dos subordinados ou da grave negligência do comandante no acompanhamento do comportamento dos subordinados, desembocando, em ambos os casos, na ausência de controle dos comandados. Essa fórmula serviu de fundamento para a redação do Protocolo 1 e dos Estatutos dos Tribunais internacionais após a Segunda Guerra Mundial. Se o julgamento de My-Lai tivesse sido fiel a esses precedentes, o Capitão Medina teria sido condenado, pois acompanhou via rádio o desenrolar dramático da operação, portanto sabia (*knew*) que crimes estavam sendo perpetrados. Aliás, como acompanhava de perto o desenrolar da operação e não impediu a execução dos crimes, é mais provável que a omissão encontrasse fundamento em dolo, caso ficasse comprovado que dava aquiescência à prática delitiva.

Pior que contrariar a tendência da jurisprudência internacional sobre o assunto, a decisão se contrapunha a própria regulamentação de operações militares norte-americanas,⁹⁵ que não restringe a

⁹⁵ O caso My-Lai é bem estudado por Jordam J. Paust. Cita, inclusive, a legislação e manuais militares dos Estados Unidos, que claramente dispõem sobre responsabilidade de comando. É de se ressaltar o "U.S. military manual, Field Manual (FM) 27-10", que desde 1956, portanto, antes da Guerra do Vietnã, já dispunha sobre a responsabilidade de comando. Vale transcrever o trecho a seguir do referido manual que trata especificamente da responsabilidade de comando citado nesse excelente trabalho:

501. *Responsibility for Acts of Subordinates*

In some cases, military commanders may be responsible for war crimes committed by subordinate members of the armed forces, or other persons subject to their control. Thus, for instance, when troops commit massacres and atrocities against the civilian population of occupied territory or against prisoners of war, the responsibility may be rest not only with the actual perpetrators but also with the commander. Such a responsibility arises directly when the acts in question have been committed in pursuance of an order or the commander concerned. The commander is also responsible if he has actual knowledge, or should have knowledge, through reports received by him or through other means, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to take the necessary and reasonable steps to insure compliance with the law of war or to punish violators thereof.

responsabilidade de comando à situação exclusiva de conhecimento definitivo da prática de crimes. De novo L.C. Green:

“What is of interest in this statement is that it differs from the provisions found in the Department of The Army’s Field Manual on the Law of Land Warfare, which does not restrict itself to the commander’s a “actual knowledge” but provides that he is responsible if “he has actual knowledge, or should have knowledge, through reports received by him or through other means”. Medina had such knowledge, but failed to act upon covered it up.”⁹⁶

Mas é preciso dizer que a afirmação acima se baseia no manual de instrução militar e não na legislação penal militar vigente à época. A acusação não versou sobre crimes de guerra, conseqüentemente sobre responsabilidade de comando, pois, segundo a legislação norte-americana, o militar de suas forças armadas responde por crimes previstos no *Uniform Code of Military Justice*. Assim sendo, pesou contra o Capitão Medina a acusação prevista no artigo 77 do UCMJ, que trata da participação ativa.

A sua omissão, segundo o direito militar norte-americano, para ser considerada criminosa deveria ser dolosa, vale dizer, implicar em intenção de encorajar os subordinados para a prática criminosa. Isso não acontece com a responsabilidade de comando, claramente motivada pela culpa.⁹⁷

507 (b) ... Commanding officers of United States troops must insure that war crimes committed by members of their forces against enemy personnel are promptly and adequately punished.

Cf. PAUST, Jordan J. Superior orders and command responsibility. In: BASSIOUNI, Cherif. *International Criminal Law*. 2. ed. New York: Transnational, 1999. p. 229.

⁹⁶ Cf. GREEN, L. C. Command responsibility in International Humanitarian Law. *Transnational Law & Contemporary Problems*, n. 5, p. 319 –371, Fall, 1995. p. 354.

⁹⁷ Fizemos nesse aspecto um resumo dos ensinamentos de Michael Smidt, pois é impossível transcrever aqui todos os detalhes que expôs para demonstrar o porquê da acusação não ter se baseado em culpa construída: “..In keeping with United states policy, 165 Captain Medina was not charged with violations of the Law of war, but rather, was charged with violotations of the UCMJ. Therefore, the judge determined that the appropriate standard of personal culpability for Captain Medina, as a result of the atrocities committed by the soldiers under his command was Article 77, Principals, UCMJ. Article 77 reads:

Any person punishable under this chapter who-

- (1) commits an offense punishable by this chapter, or aids, abets, counsels, commands, or procures its commission; or
 - (2) causes an act to be done which if directly performed by him would be punishable by this chapter; is a principal
- Words such as aids, abets, counsels, commands, procures, and causes all reflect positive personal participation. These words also imply an actual knowledge requirement. Based on this provision, a commander can only be liable for murders committed by his subordinates when he has actual knowledge of the crimes and takes an active part in their commission. There is, however, nothing specific in Article 77, UCMJ, that establishes criminal liability for a failure to act; an act of omission.”...

165. FM 27-10, *supra* note 124, par. 507. The paragraph reads in part:

The United States normally punishes war crimes as such only if they are committed by enemy nationals or by persons serving the interests of the enemy state. Violations of the law of war committed by persons subject to the military law of the United States will usually constitutes violations of the Uniform Code of Military Justice, if so, sill be prosecuted within the United States that code...

Cf. SMIDT, Michael L. Yasmashita, Medina, and beyond: command responsibility in contemporary military operations. *Military Law Review*, v. 164, p. 155-234, 2000. p. 194-195.

O passo seguinte, *de lege lata*, foi o estabelecimento da responsabilidade de comando através do Protocolo 1 de 1977. Os rumos da responsabilidade de comando foram corrigidos, no sentido de consolidar o abandono da ideia de responsabilidade objetiva, mas deixando claro que o comandante também seria responsável se a sua omissão fosse fundamentada em grave negligência. Os Estados Unidos, embora tenham participado da redação desse novo delineamento da responsabilidade de comando, que se fundamentou nas decisões proferidas sob a égide da Lei do Conselho nº 10, acabaram por não tornar obrigatório internamente esse Tratado.

E. Protocolo 1

Somente após a Guerra do Vietnã a comunidade internacional, ao decidir atualizar as Convenções de Genebra, através dos Protocolos Adicionais, introduziu em texto escrito a omissão como infração grave a importar em responsabilização criminal, como também a responsabilidade de comando na forma omissiva positivando em texto escrito a jurisprudência firmada nos julgamentos do High Command Cases. Isso aconteceu, porém, apenas em sede de conflitos armados internacionais e com resposta penal apenas para o caso de violações graves dos seus preceitos, tal como em vários dispositivos contidos nas 4 Convenções de Genebra. A motivação para a necessidade de atualização desses documentos nasceu da Guerra do Vietnã, que demonstrou estarem os instrumentos de proteção humanitária defasados em relação à tecnologia armamentista e aos novos meios e métodos de combate, cada vez mais lesivos e alcançando mais ainda os não protagonistas dos conflitos, além da reforçar a necessidade de controle da tropa pelos subordinados, regra que já estava consolidada no costume internacional.

Eis então, a redação do Protocolo 1 de 1977 sobre responsabilidade de comando, agora sim tratando expressamente da omissão do comandante, criando em direito escrito um dever de agir, que, na verdade, é dever de impedir o resultado, porém dentro de hipótese de omissão própria:

Art. 86- Omissões

1. As Altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem reprimir as infrações graves e tomar as medidas necessárias para fazer cessar quaisquer outras infrações

Em sentido semelhante é o ensinamento do Promotor da Justiça Militar dos EEUU Cel. Eckardt William George: "... war crime in international sense is a technical term. My Lai was not a "war crime" because the victims were not aliens in an occupied territory. Even though not technically "war crimes" what occurred at my lai clearly fell within the list of crimes specified by Congress in the Uniform Code of Military Justice – murder, assault, rape and larceny, among others. There were the crimes chosen for prosecutions..." Cf. ECKHARDT, William George. My Lai: an American tragedy. Disponível em: <http://religion.rutgers.edu/courses/347/readings/my_lai.html> Acesso em: 15 mar. 2009.

às Convenções ou ao presente Protocolo que resultem de uma *omissão* contrária ao dever de agir.

2. O fato de uma infração às Convenções ou ao presente Protocolo ter sido cometida por um subordinado não isenta os seus superiores da sua responsabilidade penal ou disciplinar, consoante o caso, se sabiam ou possuíam informações que permitissem concluir, nas circunstâncias do momento, que aquele subordinado cometia ou ia cometer tal infração e não haviam tomado todas as medidas praticamente possíveis dentro dos seus poderes para impedir ou reprimir essa infração.

Do ponto de vista da tipicidade objetiva, vê-se no parágrafo 1º desse dispositivo que só a partir do P1 foi consagrada a omissão como fundamento de incriminação das chamadas violações graves. Assim sendo, aquele que violando o dever de agir permite que um crime de guerra ocorra, também o estará praticando de forma equivalente ao que o executa por ação. É um início de tratamento de comissão por omissão, de fato, mas ainda é muito pouco para fundamentar essa modalidade de conduta de acordo com o princípio da legalidade escrita. Para que a omissão imprópria verdadeiramente tenha previsão como crime faz-se necessário delimitar as hipóteses de violação do dever de impedir o resultado, o que deve ficar a cargo da legislação de cada país. Por óbvio, o artigo 86, 1, não era o local para se fazer previsão exaustiva das hipóteses de posição de garante.

Mas o mesmo não aconteceu com a responsabilidade do comandante, no parágrafo 2º. Tratando de um sujeito ativo em especial foi possível ao legislador internacional delimitar o *dever de agir* do comandante diante do comportamento dos subordinados, criando, a partir da necessidade de controle, um dever de impedir ou reprimir infrações cometidas por subordinados, consistentes nas chamadas infrações graves, que importam na prática de crime de guerra. Esse dispositivo fez previsão de uma situação de posição de garante, que normalmente fundamenta a omissão imprópria. Entretanto, estando prevista em um crime determinado, pode funcionar como elementar de um crime de omissão própria. A ausência de controle, segundo a redação desse dispositivo, do ponto de vista do direito penal, é adequada para fundamentar um crime de omissão *própria* para o comandante até porque se refere à sua responsabilidade penal em face da ausência de controle dos comandados, em oposição clara à ideia de codelinquência. Na verdade, é um dever de impedir o resultado específico para a condição de comandante, fundamentando uma omissão própria de sujeito ativo determinado. Pode e deve ser trasladado para outras hipóteses, como uma situação de posição de garante para qualquer crime comissivo de resultado ou de perigo concreto executado através de comportamento negativo, mas aí o fundamento seria o

parágrafo 1º do artigo 86 P1 e deve vir expresso em norma de extensão na legislação penal, como faz o artigo 13, § 2º, do CPB, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Esse dever de agir - fundamento de toda omissão própria - na jurisprudência internacional era e é visto na responsabilidade de comando como *dever de impedir o resultado* – fundamento da omissão imprópria – aliado à ideia de codelinquência. A principal justificativa é a punição na mesma medida do delito praticado pelo subordinado, o que aconteceu na jurisprudência do pós-guerra, posteriormente materializada no Estatuto dos Tribunais para a Ex-Iugoslávia e Ruanda. O TPI manteve a ideia de punição abstrata idêntica, mas em hipótese de crime independente, ao descrever uma omissão própria como veremos.

A doutrina inclina-se por tratar o tema dentro da codelinquência, entendimento, pouco adequado às exigências desse instituto frente aos dogmas do direito penal liberal, notadamente pela necessária observância do liame subjetivo entre a conduta dos protagonistas, de tal maneira que este vínculo associativo desaparece caso haja diversidade de estado anímico. E a responsabilidade de comando desde o início ficou assentada na negligência do comandante frente ao comportamento doloso do subordinado. Além do mais, no nosso entendimento, de forma alguma ficou estabelecida, no art. 86 do P1, a previsão de possibilidade de punição do comandante omissivo no mesmo crime cometido pelo subordinado, regra própria da associação criminosa. Pelo contrário, está claro que a *sua* omissão caracteriza crime, logo, um crime omissivo próprio ou omissivo próprio de garante, do qual ele é o sujeito ativo, delito independente do crime cometido pelo subordinado a exigir punição também específica.

E por que delito independente? Porque ele não está atentando diretamente contra os valores do DICA ínsitos nos crimes internacionais cometidos pelo subordinado. Na verdade, ele viola um dever militar de controlar a disciplina. Situação diversa é se prestar adesão ao crime praticado pelo subordinado. Nessa hipótese a sua omissão seria motivada pelo mesmo dolo do subordinado, estando presente o liame subjetivo, razão pela qual, inequivocamente, teríamos caso de participação por omissão, e o dever de agir, corretamente nessa situação, deveria ser visto como dever de impedir o resultado. Por outro lado, somente quando é codelinquente atenta contra os valores do DIH ou DICA na mesma medida do crime executado pelo subordinado e só nessa hipótese se justifica punição idêntica.

Do ponto de vista da tipicidade subjetiva, o dispositivo sepulta de vez a responsabilidade objetiva, na medida em que o comandante só é punido se sabia ou tinha condições pelas

circunstâncias do caso concreto de saber que o subordinado cometia ou ia cometer crimes de guerra. Negligência definitiva ou presumida, na dicção da doutrina internacional penal.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ao comentar esse dispositivo, depois de detalhar as diferenças entre as fórmulas utilizadas nas línguas francesa, inglesa e espanhola para descrever a tipicidade subjetiva - sem dúvida essa é outra fonte para dificultar a compreensão do instituto - frisou que:

“Um punto que parece establecido es que um superior no puede alegar que desconocía los informes que le fueran remetidos o invocar una ausencia momentánea para eximirse de su responsabilidad. Según la jurisprudencia de la posguerra, la situación táctica, el nivel de entrenamiento y de instrucción de los oficiales subordinados y de sus tropas, así como sus rasgos de carácter son también elementos de conocimiento que el superior no puede pretender ignorar. Estos elementos de información que posee el superior (por ejemplo, sobre la carencia de todo tipo de formación de la tropa acerca de los Convenios de Ginebra o del Protocolo, sobre los medios de ataque asignados o disponibles em una zona densamente poblada por civiles, sobre la falta de servicio de sanidad y la ausencia de instrucciones relativas a los prisioneros de guerra) pueden permitirle concluir que se han cometido o que se van a cometer fracciones. Cada caso debe apreciarse em función de la situación em la que se hallaba el superior concernido em el momento em cuestión, haciendo sobre todo la distinción entre el momento em que las informaciones estaban disponibles y el momento em que se cometió la infracción, teniendo igualmente em cuenta otras circunstancias que hubieran podido acaparar su atención em esse momento etc...”⁹⁸.

Mathew Lippman aduz que a tipicidade subjetiva da responsabilidade de comando se baseia na tese do conhecimento definitivo, quando ele sabia da prática criminosa desenvolvida pelos subordinados, ou do conhecimento presumido, quando as informações a sua disposição poderiam levar a essa conclusão. Tais circunstâncias são menos “duras” que a responsabilidade objetiva:

“In summary, the Geneva Protocol constituted a compromise. Military officials are held responsible for transgressions in those instances in which they possessed actual or constructive knowledge or disregarded information indicating that war crimes had been or were about to be committed. The “should have enabled them to conclude” standard while less harsh than strict liability also insures that officials cannot adopt a disengaged and disinterested demeanor. At the same time that officials may not adopt a passive posture, there is no requirement that they actively and affirmatively monitor and investigate events and circumstances. Their liability extends to the acts of subordinates as well as to troops under their control. Officials are obligated to undertake “feasible measures” which are “within their power;” they are not required to undertake all possible or extraordinary efforts.”⁹⁹

⁹⁸ Cf. SANDOZ, Yves. *Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de ginebra del 12 de agosto de 1949*. Bogota: CICR, 2000. 1967 p. tomo II. p. 1415.

⁹⁹ Cf. LIPPMAN, Matthew. Humanitarian law: the uncertain contours of command responsibility. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 9, p. 1-93, Fall, 2001.p. 55.

Além disso, por um lado, o comandante não poderia simplesmente alegar que desconhecia o comportamento dos subordinados, na medida em que sabia ou possuía elementos de informação sobre o comportamento deles, como acentuado pelo CICR, de outro, do ponto de vista objetivo, como referenciado por Lippman, a responsabilidade se assentava na possibilidade de controle, não se tratando de algo extraordinário, o que está em consonância com a fórmula do nosso código penal de “poder agir” na omissão imprópria, como se vê do artigo 13 do CPB.

Na verdade, o dispositivo em comento acabou não esclarecendo adequadamente os limites da falha no controle diante das informações sobre cometimento de crimes por parte de subordinados. Em confronto com o artigo 87, não ficou claro se a responsabilidade do comandante se apoiava em uma inação de averiguar o comportamento da tropa ou de frear comportamentos a partir de informações a sua disposição.¹⁰⁰ A doutrina coloca essa dúvida em termos de *mens rea* – tipicidade subjetiva – quando, na verdade, é problema de delineamento objetivo do comportamento. Do ponto de vista de direito penal continental, esse tipo de indagação não tem o menor sentido. É o mesmo que indagar se o homicídio culposo de um médico se caracteriza por uma intervenção imprudente ou por ausência de intervenção adequada! O contorno ruim da tipicidade objetiva favorece essa dúvida.

A esta altura, o dever de controle do comandante, estando consolidado em documento escrito em tratado de DIH, pelo menos para o nível do direito interno, dava fundamento suficiente para que se estabelecesse a punição nos códigos penais das nações sobre o comportamento omissivo de comandantes. Esse dispositivo do Protocolo 1 foi além e fundamentou a elaboração da responsabilidade de comando em nível internacional e em norma escrita nos Estatutos dos Tribunais que se seguiram após a Segunda Guerra Mundial - o Tribunal para a Ex-Iugoslávia e Ruanda. Dessa forma, a responsabilidade de comando por omissão evoluiu de um instituto construído pela jurisprudência internacional para integrar um dos principais acordos de DIH e, por último, os textos dos Estatutos das Cortes Internacionais e da legislação penal de alguns países compromissados com esses Tratados. Porém, não houve um debate mais profundo sobre a sua adequação frente a teoria geral do crime.

¹⁰⁰ Cf. KEITH, Kristen M. F. The mens rea of superior responsibility as developed by icty jurisprudence. *Leiden Journal of International Law*, v. 14, n. 3, p. 617-634, 2001.p. 626.

F. O Tribunal para a ex-Iugoslávia

O Estatuto da Corte para os Crimes de Guerra cometidos no território da ex-Iugoslávia está em consonância com a consagração da responsabilidade de comando por omissão estabelecida no Protocolo 1, do ponto de vista da tipicidade objetiva e subjetiva, esta última com a redação inspirada no conhecimento "presumido" em oposição ao conhecimento definitivo, demonstrado, originários dos casos julgados com base na Lei do Conselho nº 10.

Sob as perspectivas de crime culposo de resultado, o dever de cuidado significa o controle que todo comandante tem sobre a tropa, supervisionando-a dentro de suas possibilidades físicas ou de informar-se do desenlace das operações desencadeadas e frear as suas ações a partir dos elementos de informação a sua disposição ou *sponte propria* colhidos. Se não tiver possibilidade alguma de informar-se ou nenhuma informação tenha chegado às suas mãos, *ipso facto*, não pode controlar as suas tropas e a omissão não poderia ser considerada criminosa. Somente poderia ser responsabilizado, residualmente, em momento posterior se não reprimisse o comportamento ou não levasse ao conhecimento de quem de direito, mas igualmente desde que tivesse condições para isso.

A questão que se coloca é se a definição da responsabilidade de comando no artigo 7º do Estatuto do ICTY é adequada a essa doutrina. E note-se que está dentro da responsabilidade individual:

Responsabilidade Individual

1- Quem tiver planejado, instigado, ordenado, cometido ou, por qualquer outra forma, tiver ajudado e encorajado a planejar, preparar ou executar um dos crimes referidos nos artigos 2º a 5º do presente Estatuto tornar-se-á individualmente responsável pelo referido crime.

2- A qualidade de oficial de um acusado, ..., não o isentará de responsabilidade penal e não constituirá motivo de redução de pena.

3- O fato de um dos atos referidos nos artigos 2º e 5º do presente Estatuto ter sido cometido por um subordinado não isenta o seu superior da sua responsabilidade penal se sabia ou tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para cometer tal ato ou já o tinha cometido e não tiver tomado as medidas necessárias e razoáveis para impedir que o referido ato fosse cometido ou para punir os seus autores.

A redação quanto à tipicidade subjetiva, se comparada com o Protocolo 1, no artigo 86, diverge apenas na forma.¹⁰¹ Nesse dispositivo está dito que o comandante é responsável

¹⁰¹ Como assinala J.A. Williamson: "... Interestingly, the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), in its Article 28, advances two separate Standards. For Military commanders, the test remains that the person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces under his or her command were committing or about to commit such crimes. The *should have known* is not dissimilar to the traditional *had reason to know*.

if They knew or had information which should have enable to conclude in the circumstances at the time, that should have enabled them to conclude that he was commting or was going to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.

Na redação em inglês do Estatuto está dito: "his superior of criminal responsibility *if he knew or had reason to know* that the subordinate was about to commit such acts...." Na essência, está afastada a responsabilidade objetiva consagrada no "must have known" contida no caso Yasmashita, cuja responsabilidade se assentava diante do cometimento em larga escala de crimes pelos subordinados, de tal sorte que a ninguém, com mais razão ao comandante, se poderia admitir desconhecimento da prática desses crimes. Quando o comandante sabia (*knew*), não existe nenhuma dúvida quanto a sua responsabilização. Mas é certo também que quando ele tinha razão para saber (*had reason to know*) ou quando os superiores "possuíam informações que permitissem concluir, nas circunstâncias do momento, que aquele subordinado cometia ou ia cometer tal infração" (*had information which should have enable to conclude in the circumstances at the time, that should have enabled them to conclude that he was commting or was going to commit such a breach*), são expressões equivalentes, na medida em que só admitem responsabilização se for comprovada a sua negligência, nesse último caso, o que a doutrina internacional penal chama de "negligência construída". Do ponto de vista do direito penal continental, soa estranho que a omissão de quem "sabe" da prática de crimes desencadeado por outro e permaneça omissa tenha o seu comportamento motivado também pela culpa. Do ponto de vista da *common Law*, como veremos a frente, o *actual knowledge* não é equiparado à negligência, nem com ela se confunde. Os crimes motivados pelo conhecimento definitivo não podem nesse sistema serem cometidos por mera negligência.

Apenas com frase diferente do Protocolo 1, o Estatuto desse Tribunal disse que o comandante será responsabilizado com culpa comprovada, com negligência firmada diante das evidências do caso concreto que demonstrem a sua omissão clara em não controlar a sua tropa quando tinha informação de que crimes seriam cometidos. Na essência, portanto, o tratamento da *mens rea* é o mesmo. Como anota Ann B. Ching:

"... In some respects, the language of the ICTY statute is clearer than Protocol 1. Rather than requiring a superior to take "all feasible measures within (his) power", the statute requires more objective "necessary and reasonable measures". Furthermore, the *mens rea* standard is couched in standard legal terminology: "knew or had reason to know". Again,

Cf. WILLIAMSON, Jamie Allan. Some considerations on command responsibility and criminal liability. *International Review of the Red Cross*, v. 90, n. 870, jun. 2008, p. 303 – 317. p. 308.

this language suggests that the mens rea requirement of the command responsibility doctrine may be either actual or constructive knowledge.¹⁰²

A diferença está na tipicidade objetiva. No Protocolo 1, a omissão se ajusta mais com a criação de um crime omissivo próprio. No Estatuto do ICTY, a responsabilidade de comando vem prevista no mesmo dispositivo da responsabilidade individual e da codelinquência, logo, pode ser vista como omissão imprópria em situação de codelinquência (participação por omissão). Nesse caso, o comandante, que tem o dever de impedir o resultado, deve ser responsabilizado pelo crime cometido pelo subordinado, em razão da não observância do dever de controle advindo da relação de subordinação hierárquica. Segundo a interpretação da jurisprudência dessa Corte, o fundamental, no plano subjetivo, é não haver responsabilidade objetiva, mas o nível de conhecimento pode abranger até mesmo omissão dolosa do comandante nos moldes do crime executado, o que é totalmente inadmissível na moderna doutrina penal. Dentro da ótica do direito penal, mesmo quando ele “sabia” da prática criminosa desencadeada pelos subordinados não está necessariamente prestando adesão ao crime executado. A vontade consciente pode abranger apenas o risco da prática delitiva desencadeada pelo subordinado.

Na visão mais aceita do direito internacional, em face dos Estatutos do ICTY e ICTR e da jurisprudência desses tribunais, a omissão do comandante diante do crime praticado implicaria na responsabilização no mesmo tipo atribuído ao subordinado por força da codelinquência, mesmo com diversidade de estado anímico, algo totalmente incompatível com o direito penal liberal. Somente quando adere à prática delitiva se justifica a punição idêntica. Hoje se fala em direito internacional em responsabilidade “sui generis” ou crime omissivo. Esse último entendimento é o mais adequado ao direito penal liberal.

A despeito da posituação do estado anímico em dispositivo escrito, não se pode extrair dos julgamentos do ICTY entendimento seguro sobre o alcance das fórmulas sobre o conhecimento da prática delitiva desencadeada pelos subordinados, como veremos em uma breve análise de alguns dos casos julgados. Em nossa opinião, a contribuição da jurisprudência dos atuais tribunais *ad hoc* reside mais na delimitação do contorno da tipicidade objetiva, mais especificamente sobre os limites da omissão do comandante.

¹⁰² Cf. CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapel Hill, n. 25, p. 167- 205, 1999. p. 183-184.

a) *Celebici*

A grande contribuição do Tribunal para a ex-Iugoslávia não residiu no aspecto subjetivo, já consagrado no seu Estatuto, e antes dele no Protocolo 1 de 1977, que, por sua vez, tem o seu fundamento nos julgamentos ocorridos no final da Segunda Guerra Mundial, após o caso Yasmashita. Na verdade, o alcance da tipicidade subjetiva pela jurisprudência do ICTY é confuso, principalmente quanto à fórmula *had reason to know*. O deveria saber oscila entre o comandante colher informações ou avaliar corretamente as informações a seu dispor.

A grande inovação surgiu sobre uma questão referente à tipicidade objetiva, "Caso Celebici": a exigência de "controle efetivo" da ação dos subordinados. Houve ênfase na necessidade por parte da acusação de demonstração da real possibilidade de controle da tropa, que deve se assentar em uma relação de subordinação constatada mais do ponto de vista fenomênico do que formalmente. Como acentua Mathew Lippman:

"The decision noted that the touchstone of command responsibility was a superior-subordinate relationship characterized by the capacity to effectively control the actions of subordinates. This may be based on either the formal legal authority or informal practical power to prevent or to punish the crimes of subordinates. This broad and flexible standard was particularly required in situations such as the former Yugoslavia in which the military command had broken down and had been replaced by fluid and ill-defined structures. In these decentralized and diffuse military organizations, formal designation as a commander was not a prerequisite for command responsibility. Conversely, the Court cautioned that command liability should not be imposed upon individuals with formal authority who lacked effective control. The duty of an individual endowed with the formal or informal authority to curb criminal conduct extended to his subordinates, as well as to those considered to be under his control, such as military units operating within the superior's territorial command, the residents of occupied territories and prisoners of war."¹⁰³

A questão da responsabilidade de comando foi amplamente discutida no caso "Celebici". Este foi o primeiro julgamento em que houve, efetivamente, condenação de superior pela prática de crime praticado pelo subordinado após a Segunda Guerra Mundial. Celebici era um campo de prisioneiros de guerra. Nesse caso, os acusados são bósnios-croatas e bósnios muçulmanos, que, ao invadirem a cidade de Konjic, fizeram prisioneiros os sérvios e contra eles infligiram toda sorte de atrocidades: agressões físicas, torturas, estupros, assassinatos, tudo em larga escala. Os autores foram guardas do citado presídio, mas nesse caso sentaram no banco dos réus os comandantes do campo ou de área militar. Os réus eram Zejnil Delalic, comandante da área militar à qual estava vinculado o campo de prisioneiros; Zdravko Mucic, Diretor do Campo;

¹⁰³ Cf. LIPPMAN, Matthew. Humanitarian law: the uncertain contours of command responsibility. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 9, p. 1-93, Fall, 2001. p. 57-58.

Hazim Delic, Vice-Diretor ou Diretor-Adjunto. Esad Landzo - guarda do presídio - também foi a julgamento, mas a acusação não teve por base a responsabilidade de comando.

A primeira questão importante nesse julgamento foi a tentativa da defesa de introduzir no conceito de responsabilidade de comando a necessidade de comprovação do *nexo causal*, isto é, a omissão para ser criminosa deveria ter sido a causa do cometimento do crime de guerra. Segundo Ann B. Ching, o Tribunal rejeitou esse argumento, afirmando que a acusação deveria comprovar apenas os três requisitos da responsabilidade de comando: relação superior-inferior, conhecimento definitivo ou presumido da infração cometida pelo subordinado e a falha em tomar as medidas necessárias para fazer cessar a atividade delitiva:

“...The tribunal essentially rejected this additional element, concluding that the prosecution need not show that a superior’s failure to act caused that commission of a war crime by a subordinate. Although the tribunal conceded that some element of causation exists when a superior fails to prevent the commission of a crime, requiring proof of causation would be logically incompatible with holding a superior responsible for failing to punish subordinates who have already violated laws of war. Therefore, the prosecution need only prove superior-subordinate relationship, the requisite knowledge (actual or constructive), and the superior’s failure to act.”¹⁰⁴

Este episódio bem demonstra a confusão entre os conceitos de omissão própria e omissão imprópria, nesse último caso desembocando na teoria monista da codelinquência. Como o superior responderia pelo crime de resultado praticado pelo inferior claro que se estava dando tratamento de crime comissivo por omissão (omissão imprópria), em hipótese de codelinquência. Nesse sentido, a questão levantada pela defesa tinha procedência, sobretudo porque o comportamento do omitente se vinculou ao do agente executor em face da associação criminosa.

O *nexo causal* é tema impossível de ser destacado da omissão imprópria e da codelinquência. Isolados ou em conjunto, como demonstraremos no capítulo seguinte.

Embora sem se saber ao certo sobre que tipo de omissão estava em discussão, o omitente visto como partícipe do subordinado, do ponto de vista do direito penal continental, somente teria o seu comportamento negativo vinculado ao crime praticado se a sua omissão fosse fundamental para a eclosão do evento. Caso não exercesse nenhuma influência na realização da prática delitiva do agente desapareceria o requisito do *nexo causal* da codelinquência.

A responsabilidade de comando é basicamente um caso de participação por omissão em crime de resultado, nos moldes do Estatuto do ICTY e de omissão própria de garante no

¹⁰⁴ Cf. CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapel Hill, n. 25, p. 167- 205, 1999. 191-192.

Protocolo 1. Em quaisquer dos dois entendimentos deve-se indagar não apenas dos requisitos subjetivos da responsabilidade, mas, em primeiro lugar, dos requisitos objetivos da omissão imprópria e codelinquência, que basicamente se constituem em problema de nexos causal, na melhor doutrina, a nosso aviso.

Fica claro, portanto, a confusão doutrinária entre omissão própria e imprópria, do ponto de vista da tipicidade objetiva, que desemboca em uma construção típica deficiente, pouco adequada ao princípio da reserva legal e que dificultou a defesa, podendo levar a injustiças, o que, por sorte, não foi o caso, é verdade. Do ponto de vista da tipicidade subjetiva, mais dificuldades ainda veremos.

aa) Mucic

Zdravko Mucic foi o único condenado entre os três acusados com base na responsabilidade de comando. A primeira tarefa do Tribunal foi a de saber se realmente ele foi comandante do Campo de Celibici. A resposta veio com documentos do exército bósnio e de testemunhas que afirmaram que ele se apresentava como tal. Nesse caso, o Tribunal considerou que a condição de comandante resultou primordialmente de demonstração fática, mais do que da constatação formal.

O passo seguinte foi a indagação sobre a tipicidade subjetiva e, finalmente, a falha em agir para impedir o resultado. Como assevera Ann B. Ching:

“Having found the existence of de facto command, the tribunal’s next step was to consider Mucic’s knowledge of the offenses. The Tribunal examined evidence of both the widespread nature of the torture and mistreatment at Celebici and the testimony of several eyewitnesses who claimed Mucic was present during their torture. In the end, the tribunal did not have trouble concluding that Mucic had the requisite level of knowledge; given the “frequent and notorious” nature of the crimes committed, the tribunal decided “there was no way that Mr. Mucic could not have known or heard about them”. The final element of the tripartite standard for command responsibility is the commander’s failure to act. Again, the tribunal had little trouble concluding that Mucic failed to take the necessary measures to prevent or punish crimes at Celebici. In reaching this conclusion, the tribunal cited evidence that Mucic never punished guards, was frequently absent from the camp at night, and failed to enforce any instructions which he did happen to give out. Having found all three elements of the command responsibility doctrine present, the tribunal concluded that Mucic was criminally responsible for the offenses of his subordinates at Celebici.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Cf. CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapel Hill, n. 25, p. 167- 205, 1999. p. 197-198.

O que ficou claro nesses julgamentos é que a tipicidade subjetiva foi analisada em termos de conhecimento pelo comandante da prática delitiva desencadeada pelos subordinados, pouco importando que esse nível de conhecimento envolvesse ou não o assentimento ao resultado, ou seja, a execução dos crimes, conforme acentuamos linhas atrás. Isso seria o suficiente para afastar-se a responsabilização objetiva. Pouca relevância teve para os julgadores indagar se a omissão foi dolosa ou culposa desde que demonstrado o conhecimento dos fatos de forma direta ou em face de prova coligida. Já dissemos, mas vamos detalhar ainda mais, esse tratamento do estado anímico é inadequado em face das exigências do direito penal moderno.

bb) Delalic

Zejnir Delalic foi acusado da prática de crimes perpetrados no campo de prisioneiros com base na responsabilidade de comando por duas razões: primeiro porque seria o seu coordenador e também porque, na qualidade de comandante de uma unidade militar – grupo tático 1 –, exercia autoridade sobre o Diretor de Celebici. O Tribunal rejeitou as duas posições que caracterizariam, de fato, a sua condição de comandante. Em ambos os casos o Tribunal considerou não estar presente a necessária relação superior-inferior para caracterizar a responsabilidade de comando.

Como coordenador, essa atividade não fazia parte da cadeia de comando do exército bósnio e consistia apenas na mediação e na conciliação com funcionários civis. Por outro lado, na qualidade de comandante do grupo tático 1, concluiu o órgão julgador que essa unidade era temporária e exclusivamente de combate, razão pela qual não incluía a administração de instituições civis como prisões. Além disso, eventualmente, outras ordens de interrogatório que pudessem importar na prática de crimes tiveram como origem direta o comando superior do exército bósnio e ele agiu apenas como condutor dessas ordens:

“Having examined Delalic’s functions as coordinator and tactical commander and finding no existence of authority over Celebici in either of these roles, the tribunal concluded that Delalic could not be held responsible as a commander for the acts committed by prison guards within Celebici. Again, the tribunal reiterated that international law did not allow a commander to be held responsible for acts of

individuals not within his command. Ultimately, the tribunal also found Delalic not guilty on his one direct charge, unlawful confinement of civilians.”¹⁰⁶

Interessante notar a semelhança desse caso com a jurisprudência do “High Command Cases”. O Ten. Gen. Ex. Von Leeb foi absolvido de forma semelhante da acusação de implementação da ordem “Comissar”, consistente na execução sumária dos comissários políticos do partido comunista que agiam no interior do Exército Vermelho.¹⁰⁷ Andrew Mitchel no artigo citado traz o ensinamento de William Parks:

“In relation to the distinction between implementation and transmittal, the Tribunal stated: “Transmittal through the chain of command constitutes an implementation of an order. Such orders carry the authoritative weight of the superior who issues them and of the subordinate commanders who pass them on for compliance. The mere intermediate administrative function of transmitting an order directed by a superior authority to subordinate units, however, is not considered to amount to such implementation by the commander through whose headquarters such orders pass. Such transmittal is a routine function which in many instances would be handled by the staff of the command without being called to his attentions. The commander is not in apposition to screen orders so transmitted. His headquarters, as an implementing agency, has been bypassed by the superior command: *XI trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law 10 (1948)*.”¹⁰⁸

A estrutura militar é necessariamente escalonada e as ordens passam por várias mãos até atingir o seu destino final. Não tem sentido que todos aqueles que lhe deram propulsão sejam considerados coautores ou copartícipes. Nesse caso, os ensinamentos da teoria da imputação objetiva são extremamente relevantes para que sejam excluídos comportamentos que não estejam diretamente relacionados com o resultado; ademais, transmitir ordens faz parte do âmbito de atribuições normal das funções de quem esteja na cadeia de comando. Aquele que simplesmente dá impulsão a ordens tem o seu comportamento alcançado pelo âmbito do risco permitido. É comportamento atípico, portanto.

cc) Delic

Delic era Diretor Adjunto de Celebici. Pesava contra ele a acusação da prática de crimes de guerra que teria perpetrado e outros que seria responsabilizado dentro da doutrina da

¹⁰⁶ Cf. CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapeul Hill, n. 25, p. 167- 205, 1999. p. 201-202.

¹⁰⁷ Rigorosamente, essa acusação inovou o direito internacional dos conflitos armados à época. Eles não poderiam ser considerados combatentes e estavam sem proteção do DICA. Essa foi uma das defesas encetadas pelos comandantes acusados de implementarem essa ordem, como foi o caso de Manstein.

¹⁰⁸ Cf. PARKS apud MITCHEL, Andrew D. Failure to halt, prevent or punish: the doctrine of command responsibility. *The Sidney Law Review*, Sydney, n. 22, p. 381–409, Sep., 2000.

responsabilidade de comando, por omissão. A sua responsabilidade decorreu da assunção das funções do Diretor, Mucic, titular, na sua ausência. O tribunal considerou que não estava presente a comprovação da autoridade de comando sobre Celibici, como enfatiza Ann B. Ching:

“After examining all the evidence, the tribunal concluded that the prosecution had not met its burden in establishing Delic as a superior with the power to prevent or punish acts of his subordinates. Accordingly, Delic was not convicted of any war crimes in his capacity as deputy commander of Celebici. Delic was found guilty, however, of several crimes in which he was allegedly a direct participant, including murder.”¹⁰⁹

Embora figurasse na cadeia de comando, isto era insuficiente para demonstrar a responsabilidade de comando, na dicção da doutrina formada a partir do “High Command Cases”.

Os casos seguintes assentaram-se na firme jurisprudência da Corte no sentido de que a responsabilidade de comando deve levar em consideração mais o exercício do controle de fato do superior sobre as ações do inferior do que propriamente a partir da relação de subordinação do ponto de vista do direito administrativo militar. Do ponto de vista subjetivo, em alguns casos, como em Blaskic, o Tribunal teve oportunidade de analisar o estado anímico do agente dentro de uma perspectiva que ia além da simples consideração da culpa consciente ou inconsciente, fazendo comparação com o conhecido dolo eventual do sistema continental. Essa decisão interessa muito ao tema da tipicidade subjetiva que iremos abordar ao final.

b) Lasva Valey

Lasva Valey, região da Bósnia, foi local da prática de vários crimes de guerra contra muçulmanos e implicou em um conjunto de processos instaurados perante o ICTY em face de ação criminosa executada por militares, como também tendo por base a omissão de comandantes. Embora a jurisprudência em torno da responsabilidade de comando tenha se firmado no caso Celibici, alguns detalhes importantes foram analisados nos julgamentos a seguir descritos, que enriqueceram a doutrina da responsabilidade de comando.

aa) Blaskic

O General Tihomir Blaskic, então comandante de Forças Croatas na Bósnia, foi condenado por vários crimes de guerra, e entre eles foi-lhe imputado a responsabilidade de

¹⁰⁹ Cf. CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapel Hill, n. 25, p. 167- 205, 1999. p. 195.

comando em razão da prática de crimes perpetrados por seus subordinados quando do ataque de um vilarejo chamado “Lasla Valley”, onde viviam muçulmanos. O caso guarda semelhança com My Lai, na medida em que também se objetivava atacar forças inimigas, agora muçulmanas, que supostamente se preparavam para iniciar um ataque. Porém, lá chegando, tal como aconteceu com os comandados do Capitão Medina, só encontraram civis, e mesmo assim dirigiram os ataques contra a população civil desarmada, causando um massacre, destruindo casas e propriedades particulares,

Nem todas as unidades utilizadas na operação estavam subordinadas diretamente ao seu comando, como, por exemplo, unidades de polícia militar. Mas, na esteira do raciocínio utilizado em Celebici, o que importou foi saber se existia controle de fato, o que realmente foi comprovado. Por outro lado, se ele não podia punir os infratores deveria levar o fato ao conhecimento dos seus superiores que então tomariam as providências cabíveis. Eis aqui a segunda hipótese de responsabilização do comandante, típico caso de condescendência criminosa. É a última parte do item 3 do artigo 7º do Estatuto do ICTY e corresponde à hipótese da segunda parte do item ii) do artigo 28 do ER:

Art. 7º ICTY

3- O fato de um dos atos referidos nos artigos 2º e 5º do presente Estatuto ter sido cometido por um subordinado não isenta o seu superior da sua responsabilidade penal se sabia ou tinha motivos para saber que o subordinado se preparava para cometer tal ato ou já o tinha cometido e não tiver tomado as medidas necessárias e razoáveis para impedir que o referido ato fosse cometido ou para punir os seus autores.

Artigo 28 ER

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.

São as situações de *failure to punish* que voltaremos a falar mais a frente.¹¹⁰ A fórmula do ER é preferível porque abarca a hipótese de o comandante eventualmente não ter competência para punir, mas deve nesse caso comunicar o fato a quem pode proceder a responsabilização. Não se trata de opção nem nessa fórmula nem no comportamento anterior, ou seja, nesse último caso, se podia impedir, não pode optar por punir posteriormente ou proceder a notícia-crime. Veja bem, a punição no mesmo crime cometido, com base na doutrina da codelinquência é ainda mais absurda porque se está tratando a omissão do comandante como participação posterior à

¹¹⁰ Cf. GREENWOOD, Christopher. *Command responsibility and the Hadzihasanovic Decision*. *Journal of International Criminal Justice*, n. 2, p. 598-605, 2004. p. 600-605.

consumação do crime, quando se sabe que não existe codelinquência pós-fase de consumação. O que se tem, na verdade, é típico caso de condescendência criminosa.

Do ponto de vista da tipicidade subjetiva, a Corte considerou que o seu comportamento superou a culpa construída, porque as unidades operacionais já tinham histórico de violações cometidas no campo de batalha, portanto, era provável que crimes fossem cometidos e ele ainda assim, ordenou o ataque. Mathew Lippman concluiu que:

“... Yet, in this case, Blaskic held “more than a constructive knowledge of the crimes” which he may have ordered, but certainly condoned. In addition, in cases like Blaskic, in which a commander failed to prevent a crime or to punish the perpetrators, the Trial chamber determined that the accused merited a heavier sentence than the subordinates who carried out the crime. The commander’s actions in this cases conveyed a measure of tolerance or even approval which created the risk of contributing to the continuance of such offenses. Blaskic was sentenced to forty-five years in prison.”¹¹¹

Praticamente foi condenado à prisão perpétua levando em consideração a sua idade.

Para Sliedregt, a decisão constatou a existência de dolo eventual no comportamento do agente.

“... Blaskic was held criminally liable under established that he had ordered these crimes with *intent*. The Trial Chamber ruled that when he ordered his men to attack he should have anticipated the crimes that his subordinates had previously been guilty of. He was held responsible for these crimes on the basis of a *dolus eventualis* standard.”¹¹²

A conclusão corresponde ao entendimento do direito penal continental sobre dolo eventual, embora a Corte não se refira claramente à expressão dolo eventual:

“The Appeals Chamber has also examined the Appellant’s argument that the Trial Chamber erred in applying a recklessness standard in relation to the *mens rea* requirement for persecutions. In paragraph 235 of the Trial Judgement, reproduced above, there is no reference to recklessness. Paragraph 254 of the Trial Judgement outlines a standard of indirect malicious intent, or recklessness, for the knowing participation in the attack, as a *chapeau* requirement of crimes against humanity, and not for the crime of persecution. However, the Appeals Chamber is cognizant of the fact that in making its factual findings relating to the ordering of crimes under Article 7(1) of the Statute, the Trial Chamber frequently employed language such as “took the risk” or “deliberately ran the risk. As stated above, the correct legal standard in relation thereto is that a person who orders an act or omission with the awareness of the substantial likelihood that a crime will be committed in the execution of that order, has the requisite *mens rea* for establishing liability under Article 7(1) pursuant to ordering. Ordering with such awareness has to be regarded as accepting that crime. Thus, an individual who orders an act with the awareness of a substantial likelihood that persecutions as a crime against humanity will be committed in the order’s execution, may be liable under Article 7(1) for the crime of persecutions. Whether the facts in this case support a finding that

¹¹¹ Cf. LIPPMAN, Matthew. Humanitarian law: the uncertain contours of command responsibility. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 9, p. 1-93, Fall, 2001. p. 71-72.

¹¹² Cf. SLIEDREGT, E. Van. *The criminal responsibility of individuals for violations of International Humanitarian Law*. Netherlands: TMC Asser, 2003. 437 p. p. 164.

the Appellant is responsible for ordering persecutions as a crime against humanity will be considered in the factual chapters of this Judgement .”¹¹³

Mas aqui reside outro ponto controverso da doutrina da responsabilidade de comando que também não se baseia em segura orientação doutrinária penal sobre *mens rea* ou tipicidade subjetiva. À primeira vista, parece que usou termos da doutrina penal anglo-americano, mas não está claro se foi fiel a essa família do direito na visão penal da sua doutrina e jurisprudência. Penso que não.¹¹⁴ Por outro lado, essa decisão bem demonstra a confusão de conceitos de direito penal referentes à tipicidade subjetiva, de modo que fica impossível saber sobre qual categoria do estado anímico foi considerada no julgamento. Isso é grave, é inaceitável do ponto de vista do direito penal.

Antecipando algumas conclusões, se analisarmos essa decisão do ponto de vista da doutrina penal continental, a responsabilidade de comando pela prática do crime perpetrado pelo subordinado aqui encontra guarida se o comandante sabe e *dá assentimento* ao cometimento do crime praticado pelo subordinado, porque somente nesse caso dele se tornou copartícipe. Claro que para isso acontecesse previamente deveríamos levar em consideração que está caracterizado o dever de impedir o resultado advindo da condição pessoal de comandante. Somente nesse sentido, a decisão está em consonância com a doutrina continental da codelinquência e certamente também da anglo-americano.

Outro aspecto importante da decisão em torno do caso Blaskic foi que a acusação abrangia a prática de crimes decorrentes de responsabilidade direta, com base no artigo 7 (1), como também decorrentes de responsabilidade de comando, artigo 7, (3), ambos do Estatuto do

¹¹³ Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Case No.:IT-95-14-A. Prosecutor v. Tihomir Blaskic. Registrar: Mr. Hans Holthuis. July 29, 2004. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/blaskic/appeal/judgement/index.htm>> Acesso em: 01 abr. 2009. Item 166.

¹¹⁴ Ann B. Ching, ao comentar sobre o posicionamento do Promotor no caso Delalic, expressamente disse que o embasamento doutrinário da responsabilidade de comando pelo órgão da acusação baseava-se na doutrina do *vicarious responsibility*, ou seja, responsabilidade indireta, típica do direito civil, a confirmar o pouco comprometimento da construção desse instituto com base em sólida doutrina penal: “ The view of the Prosecution that a person may, in the absence of a subordinate unit through which the authority is exercised, incur responsibility for the exercise of superior authority seems to the trial Chamber a novel proposition clearly at variance with the principle of command responsibility. The law does not know of a universal superior without a corresponding subordinate. The doctrine of command responsibility is clearly articulated and anchored on the relationship between superior and subordinate, and the responsibility of commander for actions of members of his troops. It is a species of vicarious responsibility through which military discipline is regulated and ensured. This is why a subordinate unit of the superior or commander is a *sine qua non* for superior responsibility.

Cf. CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapel Hill, n. 25, p. 167- 205, 1999.p. 200.

ICTY.¹¹⁵ A responsabilidade direta decorrente de ordens emitidas implica em responsabilização pelo mesmo crime praticado pelo subordinado em hipótese de responsabilidade por ação, o que não demanda maiores controvérsias. Agora, a responsabilização do comandante por omissão, dentro da mesma situação de fato, só é possível dentro do contexto de ação, pois a responsabilidade por ação abrange a omissão. Isso já é tema para outra tese, mas tentaremos abordá-lo de forma mais sucinta e de interesse mais direto à nossa pesquisa no capítulo seguinte.

bb) Zlato Alekovski

Esse julgamento assemelha-se ao caso Mucic. Também se tratava de Diretor do Presídio, agora de nome Kaonic. Da mesma forma, não ficou bem evidenciado a sua condição de militar ou civil, mas restou claro que exercia autoridade sobre os policiais militares encarregados da guarda da instituição e que cometeram vários crimes contra os detidos, todos muçulmanos, forçados a cavar trincheiras e servir de escudo humano contra os inimigos. A despeito da incerteza sobre a sua condição formal perante as forças militares, ficou claro que exercia controle sobre os guardas. Na decisão evidenciou-se a sua não participação quanto aos crimes perpetrados, mas de qualquer forma a sua omissão serviu de ferramenta para a prática delitiva:

236. The Trial Chamber has taken into consideration the evidence given by the Defence as to the good character of the accused, including the absence of any prior discriminatory behaviour, and the fact that the accused has no previous convictions of any kind. In this judgement, the Trial Chamber has found that the accused's direct participation in the commission of acts of violence was relatively limited. The Trial Chamber recalls that, initially, the accused was indicted together with, amongst others, a senior military and political Bosnian Croat official, Dario Kordic, and the Bosnian Croat Commander of the Operative Zone of Central Bosnia, Tihomir Blaskic. It is obvious from the reading of the indictment that the accused had a secondary role in the totality of the crimes alleged in the then common indictment. The evidence presented during trial shows that the accused most probably accepted the position as the director of Kaonik prison as a professional promotion: it does not demonstrate that the accused intended to engage in a discriminatory policy against the Muslims in Central Bosnia.

237. In other words, the accused's guilt resides in his knowing participation in , or acceptance of, violence contrary to international humanitarian law committed in a much broader frame. The accused was not instrumental in the commission of the crimes committed against Bosnian Muslim civilians in the Lasva Valley. He was merely a tool.

238. In addition, evidence was adduced which clearly shows that the accused actively did make attempts to improve conditions in the compound and that he on several occasions personally transported detainees from Kaonik prison to medical facilities in

¹¹⁵ Cf. EVANS, Malcolm. Decisions of international tribunals. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, abr. 2001, p 447 – 465. p. 459-461.

the nearby town of Busovaca. The Trial Chamber has also taken note that the accused is married and has two young children”¹¹⁶

Do ponto de vista da tipicidade subjetiva, a Corte, como visto acima, afastou a adesão no tocante aos crimes praticados pelos subordinados, mas levou em consideração a comprovação de sua negligência no sentido de prevenir os crimes que foram perpetrados ou de propiciar que outras autoridades providenciassem a punição devida. Algumas vezes, o estado anímico do comandante alcançou a realização da prática delitativa, dentro de um quadro de responsabilidade fundamentado em violação do dever de agir; outras vezes vinculado ao comportamento do executor do crime e outras vezes um meio termo entre essas duas situações.

Outra oscilação nesse tema, como já dissemos, reside no alcance do dever de controle, isto é, o artigo 7, (3), impôs um dever de agir, no sentido de estar o comandante obrigado a fiscalizar a ação dos subordinados e acompanhar de perto o que está sendo por eles executado ou esse controle deve existir a partir de informações a sua disposição. Steven R. Ratner e Jason S. Abrams fazem um resumo sobre o entendimento da tipicidade subjetiva no ICTY dentro da responsabilidade de comando:

“... On this question, the ICTY’s trial chambers have differed in their interpretations of the standard in their Statute (“knew or had reason to know”). One court adopted a narrow view of customary law, heavily basing its reading on Protocol I- that the defendant is responsible only if “some specific information was available to him which would provide notice “of the crimes and suggest the need for further inquiry. Another adopted a tougher standard, imputing knowledge to the commander under some circumstances. And a third read it to mean negligence akin to the “knew or should have known “test; under this view, the commander’s duties include a requirement to use reasonable resources to remain aware of the actions of subordinates. The ICTR has also adopted different standards, with one chamber asking whether the defendant’s negligence was so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent and another adopting a lower standard for non-military superiors based on the ICC Statute. The variety of extant standards in authoritative instruments and of judicial interpretations them suggest a lack of clarity regarding the outer limits of the superior’s responsibility” (grifo nosso)¹¹⁷

Afinal, parece ter prevalecido na jurisprudência da Corte a segunda orientação.¹¹⁸

Mas qual o motivo de tanta vacilação pela jurisprudência da Corte, às vezes vendo como responsabilidade própria, outras como codelinquência, além da oscilação no plano subjetivo?

¹¹⁶ Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Case No.: IT-95-14/1-T. Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Registrar: Mr. Jean-Jacques Heintz. June 25, 1999. Disponível em: <<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/eea9364f4188dce0c12571b500379d39/6fa833cf39a88017c12571fe004be24f?OpenDocument>> Acesso em: 01 abr. 2009. Itens 236-238.

¹¹⁷ Cf. RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. *Accountability for human rights atrocities in International Law: beyond the Nuremberg legacy*. 2nd. ed. Oxford: Oxford University, 2001. 435 p. p. 135.

¹¹⁸ Cf. KEITH, Kristen M. F. The mens rea of superior responsibility as developed by ICTY jurisprudence. *Leiden Journal of International Law*, v. 14, n. 3, p. 617-634, 2001. p. 628.

Sem dúvida, isso se deve à má estrutura da responsabilidade de comando no artigo 7º do seu Estatuto, ainda mais, prevista no mesmo dispositivo sobre responsabilidade individual, que, por sua vez, trata também de hipótese de codelinquência.

Na prática, como anota Beatrice I. Bonafé, a maior parte dos casos de responsabilidade de comando é tratada também dentro de contexto de responsabilidade direta, com preferência por esta forma de responsabilidade, que desemboca na codelinquência.¹¹⁹ A responsabilidade direta, no sentido de “ajudar”, “auxiliar” ou de qualquer forma “contribuir”, é, sem dúvida, de muito mais fácil compreensão que demonstrar no caso todos os requisitos da responsabilidade de comando: a relação superior-inferior, o controle efetivo, além da extremamente confusa *mens rea*.

Mas a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* tem registrado condenações envolvendo ao mesmo tempo responsabilidade de comando e *Joint Criminal Enterprise*, o que nos parece inconciliável quando se trata de idêntico comportamento. Trata-se de tema altamente complexo que foge a nossa pesquisa, mas que revela a possibilidade de conflito aparente de normas envolvendo os dois temas e grande possibilidade de ofensa ao princípio de proibição *bis in idem*.¹²⁰

A responsabilidade de comando “pura” parece que somente é encontrável em pouquíssimos casos¹²¹. Visto como, responsabilidade “pura”, na verdade, é uma hipótese de omissão que veio misturada dentro do mesmo dispositivo com responsabilidade individual e codelinquência, o que favorece a considerá-la como participação por omissão, porém com estabelecimento de tipicidade subjetiva própria, algo totalmente inusitado perante os dois sistemas de direito penal. A única aparência com a codelinquência é a possibilidade de punição idêntica. Mas como isso é possível se a jurisprudência internacional sempre enfatizou que a punição estava embasada na negligência, estado anímico diverso do criminoso associado,

¹¹⁹ Cf. BONAFÉ, Beatrice I. Finding a proper role for command responsibility. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 5, n. 3, p. 599–618, 2007.

¹²⁰ Sobre esse tema Cf. HENQUET, Thomas. Convictions for command responsibility under articles 7 (1) and 7 (3) of the Statute of the international criminal for the former Yugoslavia. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n. 4, p. 806-834, 2002.

¹²¹ “... The very small number of “pure” command responsibility cases can be explained in the light of both the difficulty of proving its constitutive elements, and the preference given to “direct” liability. While the *ad hoc* tribunals rely ever more frequently on particular forms of direct participation, such as joint criminal enterprise, the application of the doctrine of command responsibility is confined to a very limited number of military commanders. (...)”

Cf. BONAFÉ, Beatrice I. Finding a proper role for command responsibility. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 5, n. 3, p. 599–618, 2007. p. 618.

portanto, ao executor que age com dolo? Tanto no direito penal da *common law* como no direito penal continental, trata-se de situação incompatível com o reconhecimento da codelinquência, que tem como pressuposto a existência de liame subjetivo, entre outros requisitos. De outra banda, essa “aparência” com as situações de codelinquência conduz o julgador naturalmente a procurar ver o caso primeiro nessa perspectiva, até porque se é possível ver a situação fática como “determinação” do comandante em relação aos crimes praticados, por que trilhar o difícil caminho da responsabilidade de comando? Mas também deve-se considerar que em se tratando de autoridades de alto escalão que possam ter efetivo controle sobre o comportamento de subordinados e não tenha dado ordem de cometimento de crimes, a responsabilidade de comando torna-se importante instrumento de responsabilização, sobretudo porque fundada na culpa e não no dolo.¹²²

Do ponto de vista dos Estatutos do ICTY e do ICTR, o tratamento dispensado à responsabilidade de comando é pouco adequado ao direito penal. Não é por outra razão que se explica a opção pela responsabilização direta quando o caso possa assim ser interpretado. Diante desse quadro, alguns autores sustentam que a responsabilidade de comando, nos moldes do ICTY, é uma responsabilidade “*sui generis*”.¹²³ Uma responsabilidade penal “*sui generis*” do ponto de vista objetivo e subjetivo. Trata-se de doutrina inusitada perante o direito penal. Do ponto de vista objetivo, significa um meio termo entre omissão própria, imprópria e codelinquência. Do

¹²² Allison Danner e Jenny Martinez avaliam a melhor adequação da responsabilidade de comando no caso “Abu Ghraib”, no que tange ao comportamento de líderes políticos e militares dos EUA, que poderiam ter controle efetivo sobre a ação dos que praticaram os crimes noticiados pela imprensa mundial contra prisioneiros de guerra ali detidos e também considerando a *mens rea* da responsabilidade de comando fundada no *negligence* ou *reckless*: “... In fact, a group of Five Iraqi citizens has filed a criminal complaint in Germany against U.S. Defense Secretary Rumsfeld and other U.S. officials alleging criminal liability for the offenses at Abu Ghraib on a command responsibility theory. Whatever the fate of the suit, Abu Ghraib demonstrates the relevance of command responsibility as a theory of liability. In situations where criminal liability arises from a political leader’s failure to prevent or punish violations of international law rather than from any sort of intentional plan, JCE cannot be used. Command responsibility, therefore, is likely to remain a key weapon in international law (grifo nosso)” Cf. DANNER, Allison Marston; MARTINEZ, Jenny S. Guilty associations: joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of International Criminal Law. *California Law Review*, v. 93, n. 75, p. 75-170, 2005. p. 159.

¹²³ Como acentua Chantal Meloni: “... In conclusion, superior responsibility, as interpreted by the jurisprudence of the ad hoc Tribunals, is a *sui generis* mode of liability for failure to act that finds no direct equivalent in domestic law. This conclusion does not mean, however, that command responsibility can avoid respecting the fundamental principles of criminal law, especially the principle of individual and culpable criminal liability. Depending on the subjective and objective elements actually present in a particular case, both readings (as responsibility for mere failure to act or as a responsibility for the subordinate’s crimes) become theoretically possible”. Acentua o Autor que no caso *Oric* o Tribunal inclinou-se no sentido de ver uma responsabilidade independente. Cf. MELONI, Chantal. Mode of liability for the crimes of subordinates or separate offence or the superior? *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 5, p. 619-637, 2007. p. 632-633.

ponto de vista subjetivo, a consequência é a responsabilidade *sui generis* poder ser culposa ou dolosa, nesse último caso, alcançando ou não o comportamento executado pelos subordinados, quando o comandante “sabe”. De acordo com a jurisprudência do ICTY quando o comandante “sabe”, partindo-se do pressuposto que a omissão é dolosa, o dolo alcança algumas vezes outras não o crime praticado, que só seria possível dentro do vínculo criado pela associação criminosa. Dentro de uma hipótese de crime independente, como violação própria do dever de impedir o resultado, isso jamais seria possível, vale dizer o “sabe” necessariamente seria uma omissão dolosa com o dolo não alcançando o resultado, tal como acontece, por exemplo, com o crime de omissão de socorro.

O “deveria saber” dentro de hipótese de crime independente, até poderia ser visto como crime culposos e alcançaria sem dificuldade o comandante que não vai de encontro a tropa para conferir o que está acontecendo no teatro de operações, ou então quando desconsidera as informações recebidas. Tanto faz. Em um tipo específico, dentro das perspectivas de um crime culposos de resultado, desvinculado do crime perpetrado pelo subordinado, o que importa saber é se houve ou não violação à norma de cuidado, que abrange as duas situações. Ora, a imprudência de um médico consiste em aplicar remédio errado ou não aplicar o certo. Tal como acontece em qualquer crime culposos de resultado, a violação da norma de cuidado pode ser vista de forma positiva (imprudência ou imperícia), ou seja, não conferir *in loco* o desenrolar das operações, ou em omitir cautelas (negligência), de que é exemplo clássico desconsiderar as informações recebidas.

Um tipo independente superaria totalmente o absurdo da admissão da participação culposa por omissão em crime doloso de outrem. Essa falta de sistemática do artigo 7º do ICTY também acarreta problemas sérios de proporcionalidade da pena. O tratamento da responsabilidade de comando no artigo 7º do ICTY no mesmo dispositivo sobre responsabilidade individual, pouco importando eventual divergência de estado anímico, porém presente ao menos a culpa haverá responsabilidade do comandante, cuja pena abstratamente é a do crime praticado pelo subordinado. Convenhamos isso não está adequado ao direito penal, nem na *common law* nem no sistema continental. Esse equívoco, contudo, foi mantido no ER, embora com alterações na redação que podem facilitar a interpretação do TPI no futuro, sobretudo diante do tratamento distinto entre responsabilidade individual, codelinquência e responsabilidade de comando.

A responsabilidade de comando em dispositivo distinto da responsabilidade individual teria por pressuposto não o crime perpetrado pelo subordinado, mas uma violação própria de dever de agir (omissão própria) ou de dever de impedir o resultado (omissão própria de garante).

Em grande parte isso está hoje positivado no Estatuto de Roma. A partir do TPI o instituto ganhou definitiva roupagem de direito penal, diante da clara opção em erigir-se a responsabilidade de comando como uma hipótese de crime e não forma de codelinquência, como veremos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO IV

A RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO ESTATUTO DE ROMA-TIPLICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Considerações gerais: *O presente capítulo vai se ater especificamente ao ER. Considerando a evolução histórica da responsabilidade de comando já exposta, é possível concluir que o seu tratamento no ER é de crime omissivo próprio e não forma de codelinquência. No presente capítulo veremos a fundamentação teórica da responsabilidade de comando frente às exigências da teoria do delito para a configuração de crimes omissivos. Neste mister nos utilizaremos dos requisitos da omissão imprópria que se fazem presentes no crime de omissão da responsabilidade de comando. Assim faremos dentro da perspectiva de tipicidade objetiva e subjetiva, no sistema continental, tendo como parâmetro o direito penal brasileiro, como também da "common law". Ênfase especial daremos às definições de "mens rea" do sistema da "common law", pois foi esse sistema de direito que forneceu os embasamentos fundamentais do DIPen, incluindo o ER. Expostos os dois sistemas, faremos o confronto entre os dois modos de ver a tipicidade subjetiva diante do entendimento da doutrina internacional penal. No final do capítulo,, comentaremos a opção do legislador alemão, cujo desenho típico da responsabilidade de comando e outras normas recentemente inseridas por ocasião da implementação do ER naquele país, denunciam o distanciamento da doutrina internacional penal quanto aos requisitos da tipicidade objetiva e subjetiva em torno da responsabilidade de comando perante os dois sistemas de direito.*

1. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DE COMANDO, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS

A Responsabilidade de comando por ação no ER, de resto também no DIPen, não apresenta divergências consideráveis com o direito penal em qualquer de suas famílias. Vem ela descrita no artigo 25 do ER que trata da responsabilidade criminal individual. No item 3, a), estabelece a codelinquência seguindo a regra da teoria monista, semelhante ao que acontece no artigos 29 e 53, respectivamente do CPB e do CPM, embora misturando conceitos de coautoria e participação. O problema se coloca na omissão, como temos enfatizado.

O ER estabelece a responsabilidade de comando por omissão apenas no artigo 28 e incorpora no seu texto toda a evolução histórica da doutrina sobre o tema, desde os casos

julgados pela Lei do Conselho de Controle nº 10, passando pelo Protocolo 1 e, finalmente, com as adições da jurisprudência do ICTY, todos no sentido de afastar a responsabilidade objetiva assentada no caso Yamashita.

Toda essa experiência acumulada após a Segunda Guerra Mundial, e principalmente com os Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, resultou na seguinte redação, onde está sublinhado, a nosso aviso, a origem jurisprudencial dos termos utilizados para essa responsabilização.

Art. 28

Responsabilidade dos Chefes Militares

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* (ICTY), será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu *comando* (Yamashita) e *controle efetivos* (ICTY) *ou*
- b) *sob a sua autoridade e controle efetivos* (ICTY), conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:
 - i. Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao *seu alcance* para prevenir (LCC nº10-julgamentos) ou reprimir a sua prática, ou para *levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal* (ICTY).
- c) 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* (ICTY), 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* (Protocolo 1);
 - ii. Esses crimes estavam relacionados com atividade sob a sua *responsabilidade e controle efetivos* (ICTY); 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 (ICTY).

Nas hipóteses da alínea a), temos as situações de responsabilidade de comando. As descritas no item i) são as tradicionais com o acréscimo da ausência de controle efetivo dos subordinados, em razão de inescusável omissão. Já o item ii), é de construção mais recente e firmado a partir do julgamento de Blaskic, em que ficou assentada a responsabilização do comandante pela não punição do subordinado, ou seja, hipótese de condescendência criminosa no nosso sistema, crime contra administração pública, artigo 320 do CPB ou contra o dever funcional, artigo 322 do CPM. No sistema da *common law* também é crime que não está vinculado ao crime precedente praticado pelo inferior hierárquico como esclarece Llias Bantekas:

“The duty to punish does not require a pre-existing relationship to those that perpetrated the offences, as this would have been part of the preventive duty of the incumbent superior at the time the offences occurred. Rather, a superior who assume command after such offences have ceased are under a duty to investigate and punish the offenders. This will depend on their knowledge of crimes, which is in turn based on their efforts to either investigate or inquire”.¹²⁴

Trata-se de responsabilidade totalmente independente, em face de descumprimento do dever funcional, por essa razão, pode alcançar o comandante que substituiu o anterior perante o qual os crimes foram perpetrados. Com muito mais razão, em relação à primeira hipótese de responsabilidade de comando, é um verdadeiro despropósito que a punição siga os mesmos parâmetros do crime praticado, além do que contraria de forma direta a ideia de responsabilidade de comando fundada na codelinquência que norteou a sua construção. Ora, como já foi dito, trata-se de comportamento posterior à consumação do delito praticado pelo subordinado, sendo, pois, indiscutível prática de delito totalmente independente do crime perpetrado pelo subordinado.

As hipóteses da letra “b” tratam da responsabilidade de agentes políticos, que são superiores no sentido de que exercem autoridade sobre indivíduos, mas não guardam em relação a eles a relação de superioridade hierárquica típica da atividade militar. Por essa razão, nessa hipótese, o Estatuto exige que ele tenha conhecimento da prática delitiva, ou seja, não admite

¹²⁴ Cf. BANTEKAS, Llias. *Principles of direct and superior responsibility in International Humanitarian Law*. Manchester, UK: Manchester University Press, 2002. 162 p. p. 119.

nessa hipótese a negligência “construída” que se aproxima do conhecido conceito de culpa inconsciente, como veremos no presente capítulo.

As expressões assinaladas, quais sejam: chefe militar ou pessoa que atue como tal; comando; superior hierárquico; responsabilidade e controle efetivos; pessoa sob a sua autoridade; “sabe” ou “deveria saber” são, na verdade, elementares do tipo, na dicção da doutrina continental. O artigo 28 do ER registra, inclusive, a referência ao estado anímico do agente, na expressões “sabe” ou “deveria saber”, objeto de profunda controvérsia se confrontado o entendimento a respeito pela doutrina internacional penal, em comparação com o tratamento da tipicidade subjetiva da “*common law*”, que lhe forneceu os primeiros fundamentos doutrinários e da *civil law*, como veremos a partir do modelo adotado pela nossa legislação. Cuidaremos de expor essas elementares seguindo os ditames da teoria do delito no que diz respeito aos crimes omissivos e tentar, no final harmonizar essas divergências principalmente sobre a tipicidade subjetiva. Mas é fundamental ter-se em mente que no sistema do ER a responsabilidade de comando é um tipo penal. Este entendimento facilitará por demais a integração dessa forma de responsabilidade sistematicamente perante a nossa legislação penal militar.

2. A RESPONSABILIDADE DE COMANDO DE ACORDO COM A TEORIA GERAL DO CRIME: CRIME OMISSIVO PRÓPRIO E NÃO HIPÓTESE DE CODELINQUÊNCIA

O ER abandonou, no nosso entendimento, a ideia de codelinquência na responsabilização de comando de forma omissiva,¹²⁵ passando a tratá-la em tipo incriminador específico.¹²⁶ O comandante responde não pelo mesmo crime do subordinado e sim porque violou

¹²⁵ Grande parte da doutrina resiste admitir codelinquência em se tratando de crimes omissivos. Cf. LOPES, Fábio Motta. Aspectos polêmicos dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 75, p. 9-38, nov./dez., 2008. p. 20-24.

NT Autor: Sinceramente não vemos nenhuma dificuldade, dado o tratamento legislativo na legislação penal brasileira, que não faz restrições de admissão de codelinquência para essa modalidade de conduta. Por que várias pessoas em posição de garante não podem ser omissas com relação ao mesmo fato? Ora, a posição de garante de cada um dos omitentes reforça o vínculo associativo em relação ao fato e a teoria monista torna inócua saber qual delas foi mais eficiente para permitir a eclosão do evento. Por que não se pode considerar que alguém que tenha o dever de impedir o resultado seja participe de quem executa um crime de forma ativa? Qual o óbice legal? Se algum questionamento o tema pode admitir é no pertinente aos crimes omissivos puros, notadamente, a omissão de socorro, mas por peculiaridades de interpretação do tipo, em que o socorro prestado por uma pessoa acaba desconfigurando a adequação típica, o que vale para todos que, em tese, se omitiram.

¹²⁶ Essa afirmação não pode ser considerada unânime na doutrina, mas é inquestionável do ponto de vista do direito penal continental.

Cf. AMBOS, Kai. Joint criminal enterprise and command responsibility. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 25, p. 1-28, 2007. p. 11-14.

uma norma mandamental inserida no tipo incriminador. A presença de um dispositivo específico para responsabilidade individual e codelinquência - artigo 25 – e outro sobre estado anímico – artigo 30 – conduz necessariamente a conclusão de que o artigo 28, por força de interpretação sistemática, é hipótese de crime omissivo próprio. Trata-se de crime próprio, cujo sujeito ativo é o comandante, que através de comportamento negativo *viola o dever de agir* consistente em não controlar adequadamente os subordinados. A consequência dessa falta de controle é a prática dos crimes previstos no ER pelos comandados. A violação do dever de agir nesse crime pressupõe, na verdade, um dever de impedir o resultado, que coloca o comandante na posição de garante de evitar que crimes sejam praticados pelos subordinados.

Poderia, em tese, até ser considerado uma hipótese de participação por omissão quando o comandante omitente *sabia* da situação de ilicitude de seus comandados. Mas a presença apenas da fórmula *sabia*, contida no artigo 28 do ER não é indicativo suficiente de dolo de *dano*, que é o estado anímico do subordinado executor dos crimes, logo, persiste a falta de liame subjetivo. Do ponto de vista do direito anglo-americano essa expressão parece mais adequar-se ao que eles chamam de *reckless*, cujo significado deixaremos para um item a parte, dada a dificuldade terminológica e comparativa com o direito continental. Para que houvesse homogeneidade subjetiva – requisito indispensável da codelinquência - entre o comandante e o subordinado seria necessário que além de saber tivesse ele dado assentimento ao comportamento desencadeado por este último. Claro que diante da deficiência normativa a expressão *sabia* alcançando o risco acaba abrangendo também o resultado do comandante omitente, hipótese única em que se justifica a punição idêntica.¹²⁷

Do ponto de vista punitivo, é verdade, não houve mudança. Mas se o ER nesse tema optou por construir um crime próprio e omissivo próprio, *ipso facto*, deveria tê-lo feito com resposta penal adequada ao tipo subjetivo que, sistematicamente, só pode ser diverso do dolo de dano previsto no artigo 30. Por que pena abstrata idêntica se não é hipótese de codelinquência prevista no artigo 25?

É claro que diante de casos concretos certamente o julgador observará a correta aplicação do princípio da proporcionalidade da pena em atenção à desconformidade subjetiva entre comandante e executor. É certo que há forte tendência de concluir pela codelinquência entre

¹²⁷ No direito penal brasileiro algo semelhante pode acontecer, por exemplo, na omissão de socorro, artigo 135 do CPB. Esse crime é motivado por dolo de perigo, mas se alguém se omite com dolo de matar, responderá pela omissão própria se não estiver em qualquer das situações de garante do artigo 13, § 2º, do CPB.

ambos, mas isto é inadmissível no sistema continental e também com certeza no sistema anglo-americano. O comandante mesmo quando sabe da prática delitiva levada a efeito pelos subordinados e não dá assentimento a esses crimes, logo, se omite culposamente, segundo a mesma doutrina internacional penal, o que impossibilitaria a codelinquência que tem como um dos elementos o liame subjetivo, como temos insistido.

A análise sistemática dessas normas denuncia outro grave problema indiretamente ligado ao tema de nossa pesquisa. A codelinquência entre o comandante omissivo e o executor como defendida por grande número de autores deveria pressupor, além do liame subjetivo entre ambos, ou seja, identidade do dolo, presença de posição de garante do comandante de forma isolada, em *norma de extensão*. Isso não está previsto no ER e é uma lacuna que deve ser corrigida, pois a ausência dessa norma impede a punição de todo e qualquer hipótese de omissão imprópria como crime independente ou em participação por omissão. Vincular um comportamento negativo a outro ativo pressupõe que o omitente tem o dever de impedir o resultado e ele só emerge claro exclusivamente para a hipótese de responsabilidade de comando, cujo estado anímico não é o dolo, tal como definido no artigo 30 do ER.

O ER, portanto, deveria fazer previsão de omissão imprópria de forma isolada, *com definição de situações de posição de garante*, como estabelece o artigo 13, § 2º, do CPB e art. 29, § 2º, do CPM. Tais regras não podem ser extraídas por interpretação do art. 25 do ER, que trata de responsabilidade individual, tampouco dos elementos do crime, logo, são atípicas as execuções de crime ativos através de comportamento negativo no ER, em obediência ao princípio da legalidade previsto no artigo 22. Realmente, o artigo 25 no item 3, c), refere-se à contribuição de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática de crime da sua competência, além das situações de encobridor ou colaborador de alguma forma, mas a seguir diz : “nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática”, comportamento nitidamente positivo. Na alínea “d” do mesmo item 3 trata também da contribuição de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime internacional.

Rigorosamente, nada difere em essência em relação ao item anterior quanto ao não alcance da omissão imprópria.¹²⁸ A razão disso, possivelmente, é porque os tratados internacionais de DIH

¹²⁸ Abin Asser é categórico: “**VII Prática de Crime Omissivo** A responsabilidade penal por omissão é outro campo em que o Estatuto de Roma se absteve de uma regulamentação geral. O único caso genuíno de responsabilidade penal por não fazer o que a pessoa em questão era obrigada é aquele em que comandantes militares ou outros superiores deixam de tomar medidas necessárias contra crimes que seus subordinados estejam prestes a cometer segundo o Art. 28, a do Estatuto do TPI. Esta disposição, contudo, não é transferível a autoridades que não aquelas apontadas no Art. 28”

não tinham previsão sobre omissão, como já visto no capítulo anterior, o que só veio a acontecer a partir do art 86 do P1, porém necessitando de delimitação das hipóteses de posição de garante nas legislações penais nacionais.

Diante dessa lacuna, qualquer abrangência de comportamento negativo em face de tipificação ativa de resultado ou de perigo concreto, com base nessas hipóteses do artigo 25 terá por fundamento os costumes, isto é, será escancarada violação do princípio da legalidade nos termos do ER, que optou pela submissão ao princípio da legalidade na versão do sistema continental. Isso seria possível, por exemplo, no contexto do Estatuto do IMT, em que claramente estendia a norma incriminadora para outras hipóteses não previstas no encargo da letra b): "War crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder ...". No mesmo sentido é a redação dos Estatutos do ICTY¹²⁹ e do ICTR, artigos 3º e: "*Tais violações incluem, mas não se limitam a...; Tais violações incluem entre outras...*", artigos 3º e 4º, respectivamente. No ER é diferente, ao se referir às hipóteses de crimes de guerra detalha exaustivamente os comportamentos considerados criminosos:

Art. 8º

Crimes de guerra

1...

2. Para os efeitos do presente estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

a) as violações graves às Convenções de Genebra,..., a saber, qualquer um dos seguintes atos, ...:

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:

A jurisprudência do ICTY, interpretando de forma ampla as formas de responsabilidade definidas no artigo 7 (1), considera típicos comportamentos negativos, o que está, como vimos, conforme o seu Estatuto. Note-se, entretanto, o déficit normativo do seu Estatuto frente ao ER, pois além de não possuir um dispositivo específico sobre o princípio da legalidade, trata na mesma norma da responsabilidade individual a responsabilidade de comando e não possui um

Cf. ASSER apud AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo (orgs.). *O Direito penal no estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2005. p. 154.

¹²⁹ Quando trata de crimes contra a humanidade o Estatuto do ICTY refere-se, na letra "i" do artigo 5º, a *Outros atos desumanos*, o que caracteriza, também, violação do princípio da legalidade.

Cf. SAUTENET, Vincent. Crimes Against Humanity And The Principles Of Legality: What Could the Potential Offender Expect? *International Human Rights*, v. 7, n. 1, Mar. 2000. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2000/9.html#Otherin_T> Acesso em: 30 mar. 2009.

dispositivo específico sobre *mens rea*. Essa enorme lacuna favorece a construção jurisprudencial do crime o que está conforme a *common law*, mas é inadmissível na *civil law*. Com o ER tudo é diferente a começar pela clara submissão ao princípio da legalidade *escrita*, que não permite de forma alguma equiparar ação à omissão imprópria.

A Resolução nº 808, de 22 de fevereiro de 1993, ao instituir o Tribunal para a ex-Iugoslávia referia-se às violações cometidas no cenário dos conflitos nos Balcãs, especificamente sobre as violações graves às Convenções de Genebra de 1949:

RESOLUTION 808 (1993)

Adopted by the Security Council at its 3175th meeting, on 22 february 1993

The Security Council,

Reaffirming its resolution 713 (1991) of 25 September 1991 and all subsequent relevant resolutions,

Recalling paragraph 10 ..., in which it reaffirmed that all parties are bound to comply with the obligations under international humanitarian law and in particular the Geneva Conventions of 12 August 1949, and that persons who commit or order the commission of grave breaches of the Conventions are individually responsible in respect of such breaches.

Como já foi dito, mas não custa repetir, as violações graves às Convenções de Genebra não possuem previsão na forma omissiva e a existente no P1 é apenas uma recomendação política para punir a omissão. Considerar omissão como hipótese de “cometimento” pode ser válido do ponto de vista do DIP, mas não do direito penal, pois a rigidez do princípio da legalidade exige previsão na lei penal da situação de posição de garante. Não é por outra razão que o Estatuto do ICTY e do ICTR não se referem ao princípio da legalidade.

Mas essa não é a situação do ER que não irá julgar violações graves ao direito internacional humanitário, mas sim comportamentos adequados a tipos penais, diante da submissão ao princípio da legalidade.¹³⁰

¹³⁰ Mesmo com todo o rigor da submissão do ER ao princípio da legalidade, a doutrina internacional admite a omissão imprópria, principalmente ancorando o dever de impedir o resultado no já citado artigo 86 p1. Cf. WERLE, Gerhard. Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute. *Journal of International Criminal Justice*, n. 5, p. 953-975, 2007. p. 964-966.

NT Autor: O TPI não pode julgar contra os princípios do direito penal liberal, sob pena de perder legitimidade perante as nações que deram adesão ao ER. Isso não acontece com os tribunais *ad hoc*, que se submetem exclusivamente ao direito internacional e a ONU.

Voltando ao tema, a única semelhança da responsabilidade de comando com a codelinquência é a punição abstrata idêntica para comandante omissivo e agente executor do crime internacional, semelhante à regra da teoria monista, tal como adotado em vários códigos penais do mundo.

O artigo 28 do ER, portanto, trata da omissão do comandante como crime – omissão própria - e com um detalhe, inseriu na elementar uma posição de garante, *que só vale para essa hipótese*. Um crime independente, fora das definições de crime internacional não é algo inadmissível no ER. Por exemplo, o ER prevê hipóteses de crimes contra administração da justiça no artigo 70, portanto fora da previsão dos artigos 6º, 7º e 8º .

Na doutrina penal nacional existem tipos penais omissivos próprios com posição de garante.¹³¹ Segundo Sheila Bierrembach: "...Os crimes tipificados nos artigos 133, 134, 136 e 318 podem ser qualificados como crimes omissivos próprios de garantantes".¹³² Parece ser essa a natureza jurídica do crime em comento, cujo conceito parece ser originário de Silva Sanchez, como iremos explicar melhor no item seguinte.

Até é possível encontrar tipo semelhante no direito brasileiro, mas não com punição idêntica entre autor e omitente. Não é uma forma usual de se construir um tipo penal no nosso direito. Mas, por exemplo, a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, ao definir os crimes de tortura, faz previsão específica para a hipótese de omissão de determinadas autoridades frente ao comportamento do executor da tortura, estabelecendo uma pena bem menor que a do torturador:¹³³

¹³¹ Além dessa variação dos crimes omissivos isso também ocorre nos crimes comissivos. São os chamados crimes essencialmente comissivos, que só podem ser cometidos por ação e, portanto, não é possível falar-se em execução por omissão. Por exemplo: art. 123 do CPB, Art. 172 do CPM. Heleno Fragoso, cita ainda o adultério, revogado recentemente, e a bigamia.

Cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 468 p. p. 242.

¹³² Cf. BIERREMBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 151 p. p. 27.

¹³³ Vitor Eduardo Rios Gonçalves enxerga equívoco nessa punição diferenciada e afirma que o tipo só se justifica para a violação do dever de apuração.

Cf. GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001. 102 p. p. 94-95.

NT Autor: É natural a perplexidade, pois se trata de construção típica totalmente inusitada para o nosso direito penal. No nosso entendimento, semelhante ao que acontece com o crime de que estamos cuidando, a punição diferenciada do agente/omitente só se justifica se o seu estado anímico for diverso do agente executor, do contrário a hipótese será de participação por omissão a importar em punição abstrata idêntica, sem nenhuma dúvida, sobretudo porque no CPB as hipóteses de posição de garante são exaustivamente definidas e, no caso, seria a situação da letra "a" do artigo 13, § 2º

Art. 1º. Constitui crime de tortura:

§ 2º aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Semelhante ao que acontece com a responsabilidade de comando, trata-se de tipo penal inspirado em tratado internacional. A punição diferenciada do omitente pressupõe também nesse crime a inexistência de vínculo associativo, ou seja, o comportamento do omitente é voluntário e consciente, mas ele *não presta adesão* ao comportamento do agente executor da tortura. *Daí por que a pena é menor*. Caso se omita com o mesmo dolo do executor será co-delinquente em relação ao torturador, porque a legislação penal brasileira prevê de forma isolada a posição de garante de quem tem o dever de impedir o resultado por força de lei, artigo 13, § 2º, letra "a", do CPB. Sem esse dispositivo ele não poderia responder pelo crime do torturador.

Vejam um exemplo: um médico de plantão que recebe no ambulatório uma vítima de disparo de arma de fogo, ao perceber tratar-se de um desafeto seu e desejando também a sua morte, deixa de atendê-la e assim permite que os ferimentos desencadeiem no óbito. Nesse caso, o médico "comete" o mesmo crime do autor do disparo não porque violou a *norma proibitiva* contida no artigo 121 do CPB, mas porque violou o *dever de impedir o resultado* previsto na letra "a" do artigo 13, § 2º, do CPB motivado pelo *animus necandi* do artigo 121 do CPB. Claro que o evento morte será imputado a título de homicídio doloso nesse caso diante da clara vontade consciente no sentido da eclosão do evento.

Nesse exemplo também será *partícipe por omissão* em relação ao autor do disparo pelas seguintes razões: é inequívoca a pluralidade de condutas, primeiro houve a ação do executor e, em segundo lugar, a contribuição ao resultado por omissão pelo nosso péssimo exemplo de profissional da arte de curar; a contribuição por omissão foi relevante e houve liame subjetivo, que não necessita de ajuste prévio. Ou seja, aplica-se ao caso a norma de extensão do artigo 29 do CPB. Outra observação se impõe nesse exemplo: se tivesse deixado de atender a vítima por desídia ainda estaria vinculado ao resultado morte pelo mesmo artigo 13, § 2º, letra "a", do CPB, só que agora não seria partícipe do crime cometido pelo autor do disparo diante da ausência de liame subjetivo. Não haveria codelinquência, razão pela qual a ele seria imputado o crime de homicídio culposo, enquanto o autor do disparo responderia por homicídio doloso. Ou seja, o problema da posição de garante na omissão imprópria envolve a tipicidade objetiva e não necessariamente ligado à codelinquência. Por outro lado, se o omitente tem o seu comportamento

informado pelo dolo ou culpa isto é uma segunda indagação e refere-se à tipicidade subjetiva a merecer outro detalhamento no presente trabalho. Os temas não se confundem, de modo que não se pode dizer que comprovada a omissão isto seja o suficiente para concluir-se sobre a ocorrência de crime doloso ou culposo pelo omitente, pior ainda é querer vincular esse comportamento a de outro protagonista.

A. Estrutura da responsabilidade de comando omissiva- omissão própria de garante, perigo comum e concreto, crime remetido e acessório

A omissão (imprópria, principalmente) enseja uma discussão complexa no concernente ao nexo de causalidade e ao princípio da legalidade, que podem ser verificadas na responsabilidade de comando. Fazemos uma breve digressão sobre a doutrina da omissão.

Os crimes omissivos, considerando a classificação mais aceita pela doutrina nacional, são divididos em omissivos próprios ou puros e omissivos impróprios ou comissivos por omissão. Nos primeiros a descrição já é em si mesma uma omissão, p. ex: arts. 135 e 269, do CPB, arts. 151 e 179 do CPM, sendo sujeito ativo qualquer pessoa (às vezes o crime é próprio) que em dada situação descumpra o *dever de agir* insito na norma incriminadora. A adequação típica e o nexo causal decorrem da subsunção do comportamento negativo frente à norma incriminadora. Não é necessário norma de extensão para esse fim como acontece com os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios.

Essa é a classificação bipartida, comumente vista nos nossos manuais, que parte de um critério formal, ou seja, normológico e também tipológico para operar a distinção entre omissão própria e imprópria.¹³⁴ O divisor de águas é a constatação da norma infringida pelo omitente, se de proibição, típica dos crimes comissivos de resultado, ou de dever de agir. Omissão imprópria na primeira hipótese em que o cerne da tipificação é a violação do dever de impedir o resultado tutelado pela norma proibitiva do crime comissivo da mesma natureza e omissão própria na segunda,¹³⁵ em que a adequação típica ocorre quando o sujeito ativo infringe um dever de agir

¹³⁴ Maria Leonor Assunção refere-se também ao critério tipológico de Kaufmann, que também se ajusta à classificação bipartida aqui defendida. É que a omissão própria já é em si descrição *típica* de comportamento negativo.

Cf. ASSUNÇÃO, Maria Leonor. *Contributo para a interpretação do artigo 219 do Código Penal: o crime de omissão de auxílio*. Coimbra: Coimbra, 1994. 146 p. p. 22-23.

¹³⁵ Sobre o conceito de crime comissivo por omissão:

Cf. BRITO, Teresa Quintela de. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta*. Coimbra: Coimbra, 2000. 385 p. p.147-158. A autora distingue a omissão própria da comissão por omissão pela técnica legislativa. Na omissão própria, o autor é imediatamente identificado pela norma incriminadora, que

ínsito em tipo específico, daí porque o critério também é tipológico. Convenhamos, é mais didática, mas não é a única, tampouco está livre de críticas pela moderna doutrina.

Não é aqui o local para aprofundar o debate em torno desse tema, que já demanda em si mesmo uma outra tese. Mas algumas observações podem ser feitas. Do ponto de vista ontológico, realmente não é tão fácil distinguir ação de omissão em várias hipóteses como referido por Juarez Tavares. Exemplo citado pelo autor:

“Um sujeito, à noite e em meio à neblina, dirige seu caminhão sem as luzes traseiras de advertência e acaba, com isso, ocasionando um acidente, em que o motorista de um automóvel, que trafega em excesso de velocidade, não o vê e vem com ele a chocar-se. Em consequência do acidente, o motorista do automóvel vem a morrer”.

Após apresentar esse exemplo coloca a indagação de como saber se a hipótese dada é de crime comissivo ou omissivo. Apresenta vários critérios de diferenciação, tais como: critério da energia, da causalidade, do ponto de gravidade da conduta e busca a solução “ou na conjugação do critério do ponto de gravidade com o critério da causalidade, revitalizando pela teoria moderna, ou mediante referência ao conteúdo axiológico emprestado ao fato”.^{136 137} Como vamos

abranjeria situações de especial dever do sujeito ativo para com o sujeito passivo. Nos crimes comissivos por omissão por não se fazer qualquer pré-definição do sujeito ativo a sua identificação é feita por norma da parte geral, semelhante ao que acontece no artigo 13, § 2º, do CPB ou 29, § 2º, do CPM. Mas no final, seguindo os passos de Rodriguez Mourullo, adverte que os crimes omissivos puros se assemelham aos de omissão e resultado apenas pela técnica de construção típica, pois se diferenciam no fato de que os primeiros são crime de mera atividade. NT Autor: O exemplo dado de crime de omissão e resultado é do de abandono de incapaz, que nós entendemos ser omissão própria de garante.

¹³⁶ Cf. TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996. 109 p. p. 39-50.

¹³⁷ Apenas para colocar o leitor a par do debate instalado na doutrina moderna, a dicotomia ação-omissão já está sendo contestada. Por exemplo, para Jakobs a dicotomia se coloca em termos de violação de um dever positivo ou negativo extraído da norma. Não coloca no centro da discussão a diferenciação entre ação e omissão do ponto de vista ontológico.

Cf. JAKOBS, Günter. *Acción y omisión em Derecho Penal*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2000. 35 p.

Clauss Roxin reforça a dificuldade em delimitar os crimes comissivos dos omissivos a partir de critérios ônticos citando como exemplo as situações de “omitir através de fazer”.

Cf. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1986. 361 p. p. 169-195.

O próprio Prof. Juarez Tavares ressalta no livro mencionado e em artigo de doutrina que a ação distingue-se da omissão por critério eminentemente normativo, de tal sorte que nos crimes omissivos próprios o sujeito ativo viola uma norma mandamental, enquanto no omissivo impróprio estando ele na posição de garantidor não impede o resultado proibido. Os chamados crimes de omissão e resultado na sua classificação são crimes omissivos impróprios, ou seja, o critério de diferenciação reside na posição de garantidor.

Cf. TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, v. 4, p. 124- 157, 1996. p. 148.

expor quando tratarmos do nexu causal, no nosso entendimento a omissão possui um dado ontológico, consubstanciado no fato de que a *não* realização da conduta esperada *diminui* a possibilidade de salvamento do bem jurídico.

Os exemplos por ele citados nos faz lembrar que muito provavelmente em várias hipóteses de crimes de guerra a omissão se apresentou dentro de contexto de ação, desviando o julgador desse tormentoso debate, que se inicia, na verdade, em saber se o comportamento *sub judice* é positivo ou negativo. Se da análise do caso resultar a conclusão de que se trata de comportamento positivo a tarefa de verificação da adequação típica estará enormemente facilitada. E ação e omissão são verificáveis, no nosso entendimento, também no plano ontológico, quando se sabe que a primeira cria o risco e, na segunda, a ação esperada diminuiria esse mesmo risco, na esteira dos ensinamentos de Stratenwerth.

Os crimes omissivos próprios apresentam-se desde já como uma omissão, pouco importa que neles esteja embutida uma posição de garante, como acontece com os crimes de abandono físico, dos artigos 133 e 134, ou mesmo na apropriação indébita previdenciária, artigo 168-A. Muitos poderiam classificar esses tipos como de omissão e resultado.¹³⁸

Na doutrina nacional é possível encontrar quem na omissão de garante *também* a insira na definição de omissão própria, como assim classifica Sheila Bierrembach.¹³⁹ Parece que nos crimes citados como exemplo a conduta é mista, pois podem ser praticados por ação ou omissão. Se forem praticados através de comportamento omissivo, sem dúvida, nesse caso é válida a classificação acima, pois se trata de crime próprio, em razão da posição de garante. Tome-se como exemplo o crime de abandono de incapaz, artigo 133 do CPB. O agente, que tem especial relação com o sujeito passivo, comete o crime, na forma ativa, deslocando o sujeito passivo do local onde deveria permanecer ou, na forma omissiva, simplesmente deixando nesse local sem o cuidado devido. Nas duas hipóteses, por se tratar de crime de perigo concreto, a adequação típica

¹³⁸ Silva Sanchez não coloca no centro da classificação dos crimes omissivos a violação do dever de impedir o resultado ou deve de agir. Parte de um critério de gravidade, no qual as chamadas omissões puras são de gravidade mínima, o que se chama de omissão própria no critério bipartido, até as chamadas omissões de gravidade intermédia de que é exemplo a omissão de garante que na sua conceituação podem ser espécie de omissão pura ou referida a resultado. Os crimes comissivos por omissão, assim entendidos como a realização de crimes comissivos através de comportamento negativo, no seu sistema, são classificados como de maior gravidade. Cf. SÁNCHEZ, Jesús M. Silva. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2006. 502 p. p. 399-403; p. 419-422; 425-438.

¹³⁹ Para muitos autores, a presença da posição de garante caracterizará a omissão como imprópria, pouco importa se prevista em tipo específico ou como realização de um crime comissivo, cuja adequação típica ocorre através de norma de extensão da parte geral .

necessita não apenas da separação física entre sujeito ativo e passivo, que pode acontecer com deslocamento ou abandono, comportamento positivo ou negativo, mas também da verificação do perigo à vida ou à saúde decorrentes do abandono.

Essas características podem ser encontradas na responsabilidade de comando. Inequivocamente, a responsabilidade de comando é um crime omissivo próprio, cujo sujeito ativo é previamente definido no tipo, justamente porque viola o dever de impedir o resultado ínsito na norma, estando, pois, na posição de garante de evitar o resultado, consistente no crime praticado pelo subordinado. A consumação também depende da verificação concreta do risco, consistente na prática do crime internacional pelo subordinado, motivo pelo qual é crime de perigo concreto. Trata-se, pois, de uma omissão própria de garante e também de perigo comum e concreto. No plano subjetivo trata-se de crime de perigo também em razão do dolo adequado a essa modalidade delitiva, conforme trataremos no item referente à tipicidade subjetiva da responsabilidade de comando. Por ora, veremos essa característica do ponto de vista de tipicidade objetiva.

É crime de *perigo comum*¹⁴⁰, em razão da sua objetividade jurídica voltada para a tutela dos direitos humanos em nível internacional, do ponto de vista do *risco* e no *plano coletivo*. Apenas secundariamente a tutela se dá no âmbito individual. Vale dizer, a vida, a integridade física e o patrimônio são tutelados por esse crime, porém não em face da lesão efetiva, tampouco em virtude de vítimas determinadas. A tutela na responsabilidade de comando se dá em razão do *risco difuso* a esses bens jurídicos decorrente da omissão do comandante que não exerce *controle adequado* sobre a tropa e, assim, abre ensejo a que os subordinados possam praticar crimes internacionais (formais ou de dano). Esses crimes internacionais definidos no ER, por sua vez, também são tipificados em razão da lesão coletiva. A vida, a integridade física, o patrimônio das pessoas e bens protegidos *também* são tutelados em crimes materiais e formais, nos tipos referentes aos crimes da competência do TPI e, em antecipação de tutela, no crime de perigo de perigo *comum*, concreto e omissivo praticado pelo comandante.

A responsabilidade de comando e os crimes internacionais estão vinculados às violações graves aos tratados de DIH, que se caracterizam pela lesão efetiva ou potencial em *larga escala*

¹⁴⁰ Kai Ambos também entende que a responsabilidade de comando no ER é um crime omissivo e de perigo, embora a tipicidade subjetiva seja informada pela culpa. Finaliza defendendo a criação de um delito separado de falta de supervisão devida, cuja pena deveria ser bem menor que a dos crimes dolosos praticados pelos subordinados, posicionamento semelhante ao aqui defendido.

Cf. AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo (Orgs.). *O Direito penal no estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2005.p. 159 – 218.

às pessoas e bens protegidos pelos tratados de DIH, de quantidade naturalmente indeterminada. Comportamentos isolados não caracterizam crime internacional, ainda que adequados à descrição típica. Basta observar a redação do ER, nos artigos 7º e 8º. Por outro lado, se no caso concreto não restar caracterizado o comportamento dos subordinados como crime internacional, *ipso facto*, também não há falar em responsabilidade de comando, ainda que, da mesma forma, *prima facie*, haja adequação típica nos termos da descrição da norma incriminadora ínsita no artigo 28 do ER. Além disso, é de *perigo concreto*, pois sem a prática pelo subordinado do crime internacional o crime de que se cuida não se configura.

Aqui surge outra característica, a responsabilidade de comando é *crime remetido*. A sua configuração depende do crime a qual está vinculada. Não configurado o crime internacional por parte do subordinado, por qualquer que seja o motivo, também não restará típica a responsabilidade de comando, ainda que tenha havido omissão nos termos das elementares do artigo 28. Exemplo de crime remetido é o crime de uso de documento falso, artigo 304 do CPB. Desconfigurado o falso, *ipso facto*, não se tem como típico o comportamento do uso.

Também é *crime acessório*, como acontece com as hipóteses de favorecimento. Por essa razão, comprometido o crime anterior, no caso, o crime praticado pelo subordinado, não apenas em tipicidade, mas na antijuridicidade e culpabilidade, tal como previstas nos tipos permissivos correspondentes no Estatuto de Roma, também restará comprometida a adequação típica do crime em comento. Vê-se, pois, que não se pode desvincular o DIPen da teoria do crime, não apenas pelo comprometimento com o princípio da legalidade, mas também na medida em que o ER possui normas que impõe a interpretação das figuras delitivas de acordo com os limites impostos pela teoria do crime, ao tratar de forma sistemática os elementos que compõem o conceito analítico de crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, ainda que seguindo mais de perto o modelo anglo-americano.

Passemos agora às principais características da tipicidade omissiva que se aplicam à responsabilidade de comando.

a) Tipicidade objetiva da responsabilidade de comando

Na omissão própria a adequação típica se realiza pela comparação entre o comportamento negativo e a norma incriminadora. Isso também acontece com a omissão própria

de garante, porém essa modalidade delitativa é impregnada dos requisitos da omissão imprópria, que também devem ser observados pelo intérprete.

Já nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão a adequação típica é bem mais complicada, pois exige norma de extensão. Trata-se de executar um crime comissivo de resultado através de comportamento negativo. Mas como é isso possível se os crimes de resultado descritos na parte especial são descrições de comportamentos ativos? A primeira solução encontrada foi equiparar ação à omissão como fazia a parte geral do código de 1940, o que é tautologia e, do ponto de vista jurídico, uma afronta ao princípio da legalidade. Na reforma penal de 1984 optou-se, corretamente, pela previsão de hipóteses de posição de garante em norma de extensão. Vamos tratar dos requisitos para a caracterização da tipicidade objetiva da omissão imprópria que também valem para a os crimes omissivos de garante.

aa) Posição de garante

Na omissão imprópria o agente executa um crime comissivo material, através de um comportamento negativo. Vincula-se ao resultado porque viola um dever de impedir o resultado estabelecido pela ordem jurídica¹⁴¹. Mas como a omissão não pode ser considerada causa, no plano fenomênico, segundo a maioria da doutrina, a adequação típica necessita de uma norma de extensão. O comportamento negativo ajustado a essa norma de extensão, que a doutrina penal chama de posição de garante, acarreta a vinculação do omitente ao resultado, daí porque se diz que a causalidade nesses crimes é essencialmente normativa. A norma de extensão é fundamental para a adequação típica dos comportamentos negativos nos crimes materiais e de perigo concreto. Essa doutrina se aplica aos crimes omissivos próprios de garante, pois neles a tipificação contém uma posição de garante. Para cumprir com o princípio da legalidade a outra opção é construir de forma casuística as hipóteses de omissão imprópria vinculando-se a resultado na parte especial, tarefa das mais complicadas que ninguém até agora ousou colocar em prática. Ficando com a primeira solução as hipóteses de posição de garante são previamente definidas em norma de extensão na lei penal. Sem essa norma de extensão a adequação típica ficaria comprometida por falta de observância ao princípio da legalidade.

¹⁴¹ Embora o artigo 13, § 2º, se refira a todas as hipóteses de crimes no CPB, sejam eles materiais, formais ou de perigo, na prática o problema só se coloca nos crimes materiais ou de resultado (resultado aqui empregado no sentido normativo, de efetiva lesão ao bem jurídico) e nos crimes de perigo concreto. Para os demais delitos formais ou de perigo abstrato e os de simples atividade (para os que adotam a visão natural de evento) o nexo causal e a adequação ao tipo objetivo é feita diretamente do comportamento negativo frente à norma incriminadora.

Isso também acontece na *common law*. As situações de posição de garante decorrem da lei (*statute*) ou da jurisprudência que firma a vinculação ao resultado a partir de *sólidos precedentes*. Nesse último caso, as hipóteses de dever jurídico de impedir o resultado, ontologicamente, são as mesmas do nosso sistema: dever legal, assunção voluntária de custódia e a ingerência. A jurisprudência desses países refere-se ainda a outras situações de garante, também encontráveis na doutrina continental, como, por exemplo, a do indivíduo que tem dever de controlar fontes de perigo, uma situação que se insere na definição de "ingerência".

Vejam os o tratamento da omissão imprópria a partir da nossa legislação penal para então comparar com o tipo da responsabilidade de comando. O pai que deseja ver a morte do filho por inanição, comporta-se de maneira relevante para o direito penal em consideração ao evento morte tipificado no artigo 121 do CPB, mas não na forma ativa violando a *norma proibitiva* desse tipo e sim de forma negativa porque descumpriu com o *dever de impedir o resultado* imposto pela ordem jurídica, no caso o direito civil, em razão da condição de parentesco, artigo 13, § 2º, "a", do CPB. Estando vinculado ao resultado e observando-se que se omitiu com intenção de matar, responderá por homicídio doloso consumado, artigo 121 combinado com a norma de extensão prevista no artigo 13, § 2º, letra "a", do CPB. Sem esse último dispositivo o seu comportamento seria atípico, pois o crime de matar alguém do artigo 121 do CPB só pode ser cometido por ação, quando então o agente viola a norma proibitiva contida nesse dispositivo. O omitente, em crime de resultado, não viola norma proibitiva e sim dever de impedir o resultado. Deixa de praticar uma ação esperada pela sociedade, cuja obrigação de agir (na verdade, dever de impedir o resultado) é imposta pela ordem jurídica.

No caso do crime previsto no ER a posição de garante consiste na condição de superior hierárquico, que o obriga a controlar a ação dos subordinados. Não está descrita de forma independente em norma de extensão, o que seria o ideal, mas embutida no tipo incriminador, logo, não se tem crime comissivo por omissão e sim omissivo próprio, mas os ensinamentos sobre a adequação típica através da norma de extensão que define a posição de garante são inteiramente válidos e aplicáveis.

bb) Capacidade Individual de agir e controle efetivo

A caracterização de um crime omissivo, seja próprio ou impróprio, se coloca muito mais em termos de violação de um dever jurídico positivo imposto pela ordem jurídica, do que

propriamente pela distinção ontológica entre ação e omissão. Mas é inevitável o intérprete voltar-se para a situação fática a fim de concluir pela violação ou não do dever positivo que fundamenta a omissão. Na omissão imprópria, por exemplo, por ser intimamente relacionada aos crimes de resultado, com mais razão, é necessária a verificação fenomênica para se concluir pela relevância da omissão do ponto de vista do direito penal e aí, necessariamente, entra em discussão a *capacidade individual de agir* e, em um segundo momento, a questão do *nexo causal*. Na lição de Jescheck, quanto ao primeiro requisito:

“...La capacidad de acción requiere, em primer lugar, que el omitente conozca la situación típica. También debe requerirse que concurren los *presupuestos externos* (proximidad especial, medios de auxilio apropiados) para realización de la acción y que pueda disponerse de las *fuerzas propias* necesarias (fuerzas físicas, coocimientos técnicos, facultades intelectuales). Además de esto, el omitente debe representarse la acción exigida como meta posible de su voluntad, por lo menos, *podérsela representar* aplicando el cuidado debido. Ambos extremos deben contemplarse con arreglo a un baremo *objetivo*: importa, pues, si un espectador inteligente hubiera conseguido, mediante el examen de la situación “ex ante”, representarse la acción exigida como meta voluntaria y a considerar suficientes las posibilidades externas”.¹⁴²

Essa capacidade individual da ação encontra-se na fórmula “podia agir” do artigo 13 do CPB e 29, § 2º, do CPM. Isso se aplica também ao crime omissivo próprio, notadamente o crime de omissão própria de garante.

A capacidade individual ou o “poder agir” como se refere a nossa legislação, pode ficar comprometida, por exemplo, na situação de um médico, em circunstâncias muito especiais, que não dispõe de meios adequados para efetuar o atendimento, ou seja, não possa prestar socorro diante da ausência de meios materiais e assim permite que o quadro de saúde grave do paciente evolua em direção ao óbito. Agora bem, constatada a falta de capacidade individual de agir não há falar em tipicidade objetiva. O fato será atípico mesmo que o médico desejasse a morte do paciente, do contrário estaria sendo punida a intenção com exclusividade, em franca infringência ao princípio da lesividade. Nessa situação, o máximo que se lhe poderia imputar seria o crime de omissão de socorro, art. 135, segunda parte, do CPB. E observe-se que o médico possui dever de impedir resultado!!

A capacidade individual de agir significa no crime em comento a exigência de controle efetivo. Dos julgamentos do ICTY ficou assentada a ideia de que comando militar pode até eventualmente ser exercido por quem não se revista dessa qualidade no sentido do direito administrativo militar, pois o fundamental é a constatação da situação de comando sobre

¹⁴² Cf. JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981. v. 2. p. 851.

subordinados. Também é certo que mesmo sendo superior, na conformidade dos regulamentos militares, somente será responsabilizado se além dessa condição, em relação aos comandados autores do crime internacional, tenha sobre eles *controle efetivo*, o que também resulta de uma análise de fato. Todo capitão é superior em relação aos militares integrantes dos pelotões da companhia, mas na situação concreta pode ele ter perdido o controle sobre a tropa que comanda, a não ser que tenha havido delegação de poder (comportamento ativo) proposital para facilitar o desencadeamento de crimes. Nessa última hipótese a sua responsabilidade adviria da codelinquência, artigo 25 do ER, combinado com o crime praticado.

A posição de garante no crime omissivo próprio de responsabilidade de comando resulta da relação superior-inferior, mas a adequação típica somente se aperfeiçoará se existir “controle efetivo” sobre as forças sob o seu comando, o que deve ser analisado dentro da situação fática.¹⁴³ Isto está em consonância com o direito penal brasileiro, cuja norma de extensão do artigo 13, § 2º, do CPB, ao definir as situações de posição de garante, alerta que a omissão é relevante quando o omitente não apenas devia agir, mas *podia agir* para evitar o resultado. Isto é, deve-se levar em consideração a situação concreta para saber se aquele que se omitiu, apesar de estar na posição de garante tinha reais condições de evitar a eclosão do evento, ou seja, capacidade individual de agir.¹⁴⁴

William J. Fenrick arrola as seguintes regras de controle efetivo da tropa:

¹⁴³ Assinala Alexander Zahar e Göran Suiter, citando o caso Delalic: “... The *Delalic* Trial Chamber used the term *effective control* to denote the applicable standard. When effective control is demonstrated, international law imposes “an obligation to take action to prevent the commission of war crimes”, and the defendant is brought within the grasp of the command responsibility doctrine.” Cf. ZAHAR, Alexander; SLUITER, Göran. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University, 2008. 530 p. p. 262.

¹⁴⁴ Anota Mirabete: “Presente o dever de agir, a omissão será atribuída penalmente ao garantidor desde que, no caso concreto, *pudesse* agir para evitar o resultado. Pode agir quem:

- a) tem conhecimento da situação de fato;
- b) tem consciência da condição que o coloca na qualidade de garantidor;
- c) tem consciência de que pode executar a ação;
- d) tem a possibilidade real-física de executar a ação.

A possibilidade física somente existe quando a execução da ação teria evitado o resultado. Como já se decidiu, é preciso comprovar que a conduta devida teria impedido o resultado. Essa possibilidade deve ser apreciada como um grau de probabilidade que se limita com a certeza. Em todas as hipóteses do dever de agir, não haverá crime se o garantidor, embora não evitando o resultado, se esforçou seriamente para impedi-lo. Neste caso não há dolo ou culpa, mas simples caso fortuito.

Cf. MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 457 p. v.1. p. 108.

“9 As reflected in artigo 87 of first Add. Prot, a commander has a duty to take all practicable measures to ensure his forces comply with international humanitarian law. In particular, the commander must:

- . ensure his forces are adequately trained in international humanitarian law,
- . ensure that due regard is paid to international law in operational decision making,
- . ensure an effective reporting system is established so that he or she is informed of incidents when violations of international humanitarian law might have occurred,
- . monitor the reporting system to ensure it is effective, and
- . take corrective action when he or she becomes aware that violations are about to occur or have occurred.”¹⁴⁵

Basicamente são regras de informação não apenas sobre as normas do DIH, mas se estão sendo seguidas nas operações e têm condições de ser respeitadas pelos comandados diante das circunstâncias. Para tanto, o comandante deve acompanhar de perto o desenrolar das operações. Caso a tropa não tenha condições de respeitar essas regras deve o comandante interromper imediatamente a missão, pois no futuro poderá ser responsabilizado na mesma medida do crime praticado pelos subordinados. É claro que se a despeito dessas providências algum crime internacional for praticado será obra de ato isolado e responsabilizado exclusivamente o seu autor. A única possibilidade de repercussão sobre o comandante aconteceria em face da omissão em não puni-lo, que também é hipótese de responsabilidade de comando, embora seja típico caso de condescendência criminosa.

cc) Nexo causal

¹⁴⁵ Cf. FENRICK, William J. Responsibility of commanders and other superiors. In: TRIFFTERER, Otto (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Munich: Baden-Baden, 1999. p.518-519.

Quanto ao nexo causal, tanto do ponto de vista material¹⁴⁶ como também no aspecto normativo, é inevitável a sua indagação nos crimes omissivos impróprios e, por sua estreita ligação com estes, nos crimes omissivos próprios de garante, de que é espécie a responsabilidade de comando. Comparando-se com o direito penal nacional, a exigência de causalidade natural e normativa decorre da reforma penal de 1984 ao introduzir as situações de posição de garante do § 2º do art. 13 do CPB, que não existiam na parte reformada, ao mesmo tempo mantendo a antiga fórmula no "caput" do artigo 13 de equiparação da ação à omissão como causa. Ou seja, o sistema legislativo pátrio contempla a causalidade na omissão imprópria de forma natural e normativa ao mesmo tempo.¹⁴⁷ Não há aí nenhuma contradição como se pode pensar à primeira vista. A omissão, como tudo em direito penal, resulta de uma análise a partir do comportamento, seja ele positivo ou negativo, mas sempre frente ao parâmetro de valor extraído da sociedade e condensado na norma.

É impossível negar um componente naturalístico na omissão, na medida em que a omissão permite que a causa se opere.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Este é outro problema tormentoso. Wilhelm Sauer admite existir causalidade na omissão, a partir de um critério sociológico: "2. La clave la ofrece la mencionada (§§ 15,12) teoría de la relación del querer y del obrar. Em la corriente del acontecer natural y social interviene el autor de dos modos distintos, lo desvia por un hacer real positivo em dirección del resultado socialmente danoso o se deja llevar precisamente de la corriente em dirección al mismo, mientras podía y debía desviarlo. *La omisión es causal cuando la acción esperada (sociologicamente) hubiese probablemente evitado el resultado, de outro modo: Cuando la omisión de esta acción es peligrosa socialmente y por el contrario la acción hubiese apartado el peligro.* (grifos do autor) .

Cf. SAUER, Wilhelm. *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1956. 431 p. p. 150.

Com maestria Everardo da Cunha Luna expõe que a omissão também é causa: "... Causa é ação, causa é a omissão. Também a omissão é causa do resultado. Mesmo que a lei brasileira não dispusesse, expressamente, que a omissão é causal, mesmo assim, não veríamos dificuldade em considerá-la a par da ação... A questão é posta, nos seus exatos termos, pelo quase sempre certo Antolisei. Com efeito. Para a produção de um resultado, concorre não somente a *presença* de certos fatos, mas também a *ausência* de outros. Os fatos, pois, são positivos e negativos. Assim, no exemplo de Stuart Mill, se um exército é surpreendido porque a sentinela se deslocou do posto devido, uma condição negativa foi decisiva para a produção de um resultado. E ainda assim no exemplo de Guex, a falta de pára-raios é causa do incêndio ocasionado pelo raio (Antolisei, L'azione e l'evento nel reato, cit. p. 170-1 e nota 58). Cf. LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. São Paulo: Saraiva, 1991. 127 p. p.81.

¹⁴⁷ Cf. RODRIGUES, Eduardo Silveira. A relevância causal da omissão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n.14, p. 149-165, abr./jun. 1996. p. 158-160.

¹⁴⁸ Como adverte Paulo José da Costa Júnior: "... A omissão, sempre que subordinada à existência de uma norma que cria a obrigação jurídica de impedir, pode assumir o papel de condição ou ocasião (grifo nosso), no sentido

A imputação de um crime a uma pessoa é um processo que se inicia da análise fenomênica, na atribuição de um resultado desvalioso e, em seguida, passa-se à vinculação jurídica que, no caso dos crimes omissivos impróprios é dado pelo tratamento normativo das situações de posição de garante. A imputação envolve análise fenomênica, ontológica, e normativa ao mesmo tempo. Ainda que presente o dever jurídico de impedir o resultado, se o processo causal *material-* para o qual não concorreu o omitente de forma ativa- não pode ser interrompido de forma alguma não há falar em tipicidade omissiva por falta de nexos causal material. É certo que também não haverá omissão imprópria se existia a possibilidade de evitar o resultado, mas faltava o dever jurídico de impedi-lo.

O tratamento *de lege lata* dispensado à omissão imprópria no direito penal brasileiro é realmente interessante porque une aspectos ontológicos e normativos. No plano ontológico, mesmo presente a capacidade física de impedimento,¹⁴⁹ pode acontecer de inexistir o nexos causal material, porque a ação esperada, dentro de um *juízo hipotético* próximo à certeza, não poderia impedir a eclosão do evento. Essa conclusão é válida do ponto de vista do nexos material e também de acordo com a teoria da imputação objetiva, como veremos a frente. No plano ontológico, a conclusão se impõe através de uma indagação hipotética sobre se a despeito da prática da ação esperada o evento ocorreria de qualquer forma. Caso a resposta seja positiva não há falar em omissão do ponto de vista causal material, como também na ótica jurídico-penal.

Segundo Miguel Reale Júnior, comentando sobre as hipóteses de crimes comissivos por omissão, a partir de um critério naturalístico e normativo, é perfeitamente possível falar-se em

naturalístico. Embora não possa a omissão ser naturalisticamente responsabilizada pelo acontecimento de um fato, poderá permitir que a causa opere, não impedindo o evento, ou até facilitando sua verificação. De feito, se o não-impedir se diversifica do causar, o não-impedir significa permitir que a causa opere, deixando-a livremente desenvolver-se, sem tentar paralisa-la. Se a causa da derrota de Waterloo não foi a ausência de Grouchy, é provável que esta tenha contribuído naturalisticamente para o evento. ...”

Cf. COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 923 p. p. 81.

Advertia Noronha: “acerca da omissão, já dissemos também no mesmo parágrafo. Ela é tão real como a ação, pois é expressão da vontade do omitente, porque é reconhecível e verificável no tempo e no espaço, e porque não é um *não-ser*, porém modo de *ser* di autor. E, se tem um conteúdo real, não é um *nada*, mas alguma coisa suscetível de determinação e percepção. Como tal, pode dar lugar a um processo causal. Mas quando a omissão de vê ser considerada causa no terreno jurídico? A resposta é que só é causal a omissão quando há o dever de impedir o evento, o dever de agir”

Cf. NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1. p. 116.

NT Autor: Nesse ponto discordamos do mestre, pois o componente causal material da omissão preexiste ao normativo.

¹⁴⁹ Na omissão própria do artigo 135 do CPB de plano a fórmula refere-se à capacidade individual da ação: art. 135 Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal (...).

causalidade na omissão, isto é: “Na verdade, a omissão é uma não interferência no curso causal, deixando-se que as condições presentes atuem, livremente, produzindo o resultado negativo”.¹⁵⁰

É comum a indagação se para a verificação da causalidade omissiva deve-se concluir, *do ponto de vista material*, que o comportamento esperado *com certeza* evitaria o resultado ou bastaria um *juízo de probabilidade* próximo à certeza, como esclarece Marta Felino Rodrigues.¹⁵¹ A segunda opção é mais aceita, e a causalidade material pode ser demonstrada a partir de um *juízo hipotético* que forneça uma certeza próxima, o que mais se coaduna com uma análise de probabilidade, que não ocorre nos crimes de ação, onde esse processo é muito mais fácil de ser aferido e mais facilmente desemboca na certeza. Vale dizer, nos delitos comissivos de resultado, concorrendo vários comportamentos ativos, é mais fácil saber daquele que é inócuo dentro da cadeia causal.

Interessante notar que a jurisprudência do ICTY expressamente rejeitou alegação a esse respeito na responsabilidade de comando na *falha em prevenir*, mas é de se ressaltar que a própria exigência de controle efetivo, embora se referindo à capacidade individual de agir, é já também um requisito que se liga ao nexos causal.

Volta aqui a constatação de que a responsabilidade de comando foi construída a partir da importação pouco adequada da doutrina penal. O entendimento da ausência de nexos causal está relacionado com a ideia de que a responsabilidade de comando estava inserida no tema da codelinquência como afirma Andrew D. Mitchel:

“... No important feature of the doctrine of command responsibility is that it is a crime of complicity based on accomplice liability (grifo nosso). The International Criminal for Yugoslavia (ICTY) Prosecutor has suggested that this is a form of “accomplice liability peculiar to international law”. Complicity refers to the involvement of a person (the accomplice) in an offence committed by another (the principal), such that the accomplice is criminally liable for the offence. Typically, the accomplice is held equally liable with the principal. In Australia, words such as aid, abet, counsel or procure are often used to

¹⁵⁰ E prossegue o autor: “O entendimento de que é impossível admitir-se a omissão como causa, posto que do nada pode porvir, parece-nos não merecer acolhida, pois o impedimento assume caráter causal como fenômeno de ausência, que teria interrompido o curso causal em desenvolvimento. O acolhimento da teoria da equivalência das condições permite que se examine a força causal da omissão, à luz do mesmo critério da *conditio sine qua non*. Ou seja, pergunta-se: a interferência da ação omissiva teria alterado o curso causal, evitando-se dessa forma o resultado? A omissão, tal como a ação, tem uma base fática, apesar de sujeita a um enfoque normativo, o que permite a análise da causalidade da omissão sob o ponto de vista naturalístico. Nesse sentido, aliás, a redação do art. 13, *caput*, no Projeto da Parte Geral, apresentado ao Congresso: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a que, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido”. Por emenda restabeleceu-se a redação do código Penal de 1940.

Cf. REALE JUNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998. 279 p. p. 181-183.

¹⁵¹ Cf. RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000. 115 p. p. 41.

describe the manner in which the accomplice willful contributed to the commission of the crime. These words convey the general concept of the participation of the accomplice. Australian criminal law recognizes that omission can be a form of complicity. For example, it has been held that a husband's absence of dissent at his wife's proposal to commit suicide amounted to participation in the crime of suicide. This illustrates that the doctrine of criminal complicity does not depend upon causation. Causation would impose the additional requirement that the accomplice instigate the crime mere participation or failure to act would be insufficient to give rise to liability".¹⁵²

Mas se assim fosse, com mais razão estaria presente o nexo causal, pois a associação criminosa é basicamente um problema de nexo de causalidade.

Não conhecemos o direito penal australiano, mas com toda a certeza, nem no sistema anglo-americano, do qual ele faz parte, é possível dizer que existe cumplicidade – aqui entendida como participação por omissão - sem que exista nexo causal com o crime cometido. Seja por ação ou por omissão um comportamento que adere a uma prática delitativa de resultado sem atuar no núcleo do tipo (participação) necessita de relevância causal, o que vale também para a coautoria. O exemplo dado pelo autor foi retirado de uma hipótese delitativa de participação em suicídio que na legislação penal daquele país tem suas peculiaridades, notadamente, ao que tudo indica, na diferença com o artigo 123 do CPB, que não prevê a possibilidade de haver configuração do crime sem que tenha ocorrido a lesão corporal grave ou morte do suicida.

Como assevera Kai Ambos:

El requerimiento de que los crimines de los subordinados sean "un resultado del incumplimiento de ejercer el control apropiado, implica em una relación causal entre el incumplimiento del superior y la comisión de crimines por parte del subordinado..."¹⁵³

E como ele é aferido no crime em questão? Dentro de um juízo hipotético, próximo à certeza, ou seja, deve-se indagar se a omissão abriu ensejo a que o comportamento dos subordinados prosseguisse. Dessa forma, se a intervenção do comportamento devido é inócua, logo a omissão não pode ser considerada criminosa, sendo, pois atípica. A maioria dos autores nega a causalidade na omissão, mas é unânime o seu fundamento no plano normativo, valorativo, que na visão positivista-causalista era reportado à antijuridicidade. Para uns, portanto, a causalidade na omissão é verificável no plano fenomênico e valorativo (normativo), para outros, só nesse último. Precisamente, essa última hipótese é a defendida pela teoria da imputação objetiva, embora ela seja um complemento à teoria da *conditio sine qua non*.

¹⁵² Cf. MITCHEL, Andrew D. Failure to halt, prevent or punish: the doctrine of command responsibility. *The Sydney Law Review*, Sydney, n. 22, p. 38–409, Sep., 2000. p. 385-386.

¹⁵³ Cf. AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo (Orgs.). *O Direito penal no estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2005. p. 154. p. 204.

A única exceção válida à exigência de comprovação de nexo de causal ocorrência, como leciona Lias Bantekas, na modalidade falha na punição:

“The *Celibici* judgment found no support for the existence of a requirement of causation as a separate element of command responsibility in connection with the crime that is the predicate for this relationship. Although it recognized a necessary causal nexus for upholding a conviction for failure to prevent crimes, it refused to require causation in cases of a commander’s failure to punish subordinate offenses”¹⁵⁴

É que nessa hipótese de falha em não punir se trata de crime de mera conduta ou formal, neste último caso para os que adotam a teoria normativa de evento. Porém, na falha em controlar os subordinados, que traz dentro da tipificação a presença da posição de garante é impossível não se indagar do nexo causal.

Na verdade, existe e sempre existiu um problema causal que deflui dos próprios elementos que compõem a responsabilidade de comando. Ann B. Ching os listou da seguinte forma: a existência de relação superior-inferior;

- (i) o superior sabia ou tinha razões para saber que um ato criminoso foi cometido ou estava prestes a ser cometido;
- (ii) o superior falhou em tomar as necessárias e razoáveis medidas para prevenir ou reprimir o perpetrador.¹⁵⁵

Leciona a ilustre autora que a defesa perante o ICTY acrescentou o elemento causal, isto é, deveria o órgão julgador indagar se de fato a falha em prevenir foi a causa do crime cometido. Na decisão exsurge a contradição, pois, como esclarece, o Tribunal reconheceu que existe um certo elemento de causação quando o comandante falhou na prevenção do crime. Ora, o nexo causal existe por inteiro e não pode ser ignorado.

“After a brief discussion of the definition of “necessary and reasonable measures” as it pertains to command responsibility, the tribunal addressed the defense’s assertion of the necessity of a causation element. The tribunal essentially rejected this additional element, concluding that the prosecution need not show that a superior’s failure to act caused commission of a war crime by a subordinate. Although the tribunal conceded that some element of causation exists when a superior fails to prevent the commission of a crime, requiring proof of causation would be logically incompatible with holding a superior responsible for failing to punish subordinates who have already violated laws of war. Therefore, to establish liability under the command responsibility doctrine, the

¹⁵⁴ Cf. BANTEKAS, Lias. *Principles of direct and superior responsibility in International Humanitarian Law*. Manchester, UK: Manchester University Press, 2002. 162 p. p. 121.

¹⁵⁵ Cf. CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapeul Hill, n. 25, p. 167- 205, 1999. p. 191-192.

prosecutions need only prove the superior-subordinate relationship, the requisite knowledge (actual or constructive), and the superior's failure to act."¹⁵⁶

A responsabilidade de comando tem embutida uma posição de garante, que significa um dever de impedir resultados, consistente no dever de controlar a ação de subordinados. Se não existiu a violação do dever de impedir o resultado ou se foi *inócua* a omissão, como referido no capítulo anterior, não há nexos de causalidade, logo, não há tipicidade. Dessa forma, a falha na observância desse dever é a causa do desencadeamento dos crimes praticados pelos subordinados. Note-se que, se a despeito da omissão do comandante, o resultado (os crimes praticados pelos subordinados) aconteceria de qualquer forma, então, rigorosamente, não se tem omissão *penalmente relevante*. A dispensa do nexo causal só seria válida se a responsabilidade de comando fosse um crime omissivo próprio de mera conduta, como, por exemplo, a omissão de socorro, art. 135 do CPB ou a omissão de notificação de doença, artigo 269 do CPB por parte do médico. É essa a natureza da falha em punir, por essa razão, a jurisprudência do ICTY, por óbvio, dispensa a demonstração de nexo causal nessa segunda modalidade de responsabilidade de comando.

Visto como *crime de perigo*, ainda assim se impõe a discussão do nexo causal,¹⁵⁷ mas em perspectiva futura, dentro do mesmo juízo hipotético, consistente na indagação sobre se de fato os crimes atribuídos aos subordinados ocorreriam caso houvesse a pronta intervenção do comandante. Tratando-se claramente de crime de perigo concreto, a adequação típica necessita da demonstração de que a omissão do comandante traduziu-se em falta de controle adequado dos subordinados propiciando a prática delitativa por eles desencadeada, tanto assim que o artigo 28 do ER tipifica a responsabilidade de comando apenas em situações onde exista

¹⁵⁶ Cf. CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapel Hill, n. 25, p. 167- 205, 1999. p. 191-192

¹⁵⁷ Trata-se de um juízo de causalidade em perspectiva diferente, como anota Francesco Angioni, de forma que existe um juízo de causalidade e outro de perigo, cuja diferença é a seguinte: "...Da cio deriva la diversità strutturale fondamentale tra i due tipi di giudizio. Fondandosi su due dati certamente esistenti, il giudizio di causalità si svolge a posteriori; fondandosi invece su un solo dato certamente esistente, e anteriore, dal quale si può indurre o no il dato posteriore ancora inesistente, il giudizio sullarelazione di pericolo non può consistere che in una prognosi. Il giudizio causa le é perciò diagnostico e il giudizio di pericolo perciò prognostico. Si può siglare questa differenza fondamentale, affermando in sintesi che mentre il giudizio di causalità é um giudizio rivolto ad accertare se é avvenuto o non um proceso causale passato, il giudizio di pericolo é um giudizio rivolto ad accertare se (probabilmente) avverá o no um processo causale futuro. Queste riflefssioni non sono accademiche, ma, como si vedrá, possono servire assai como traccia di orietamento nel'Inalisi delle tesi dottrinali sul pericolo e como fondamento di ogni nuova elaborazione sul tema."

Cf. ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale: la struttura oggettiva*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1994. 424 p. p. 26-27.

autoridade e controle efetivos. Ora, ausentes essas duas cláusulas não há falar em responsabilidade por omissão do comandante, por ausência de substrato material do tipo, ainda que presente o dolo do tipo.

Por outro lado, como sustentar a desnecessidade de indagação sobre o nexo causal na falha em prevenir se o tipo penal em comento só se configura com a produção do resultado consistente na prática do crime pelo subordinado? É uma hipótese em que o perigo concreto é condição para a *configuração* do tipo. Isso pode ser encontrado em algumas hipóteses delitivas no CPB não especificamente em crimes de perigo, mas crimes materiais, como, por exemplo, a própria participação em suicídio, art. 123 ou o art. 164, introdução ou abandono de animais em propriedade alheia. Nesses tipos penais, a eclosão do evento é mais do que condição para a consumação, na verdade, é requisito indispensável para a sua configuração, de forma que se não houver efetiva lesão do bem jurídico (resultado do ponto de vista normativo) não se trata de tentativa e sim de fato atípico.

Na falha em punir, naturalmente não se indaga de nexo de causalidade do ponto de vista material.¹⁵⁸ Trata-se de crime omissivo próprio, em que a consumação ocorre com a

¹⁵⁸ Acentua Roberta Arnold "Interestingly, however, whereas the requirement of causation for the establishment of liability for failure to *prevent* is relevant, but is deemed to be inherent to the status of the superior, this is not the case for the establishment of liability for *failure to punish*, where it is completely absent. This is because: "while a causal connection between the failure of a commander to punish past crimes committed by subordinates and the commission of any such future crime is not only possible but likely... no such causal link can possibly exist between an offence committed by a subordinate and the subsequent existence of the principle of superior responsibility for failure to punish, therefore, recognized under Article 7(3) and customary law, demonstrates the absence of a requirement of causality as a separate element of the doctrine of superior responsibility". The TC further explained its position by stating: "a causation requirement would undermine the "failure to punish" component of superior responsibility, which ... can only arise *after* the commission of the offence ... as a matter of logic a superior could not be held responsible for prior violations committed by subordinates if a causal nexus was required between such violations and superior's failure to punish those

constatação do comportamento negativo frente à norma incriminadora dada a natureza formal desse crime, além, é claro, da presença dos outros elementos objetivos da figura típica, próprios do crime de responsabilidade de comando: relação superior-inferior e controle efetivo. Quanto à tipicidade subjetiva, devem estar presentes os mesmos requisitos do “sabe” ou “deveria saber”.

dd) Imputação objetiva

A imputação objetiva em termos de omissão acrescenta: não há falar em omissão se o comportamento se opera dentro do *risco permitido* ou se a ação esperada não pode afastar o perigo tampouco pode reduzi-lo aos níveis socialmente aceitos, ou seja, se a sua ausência não *incrementa o risco*. Novamente convém insistir, isto é problema de tipicidade objetiva e pouco importa se o evento contou com assentimento de quem estava na posição de garante.

Independentemente dos acertos da teoria da imputação objetiva, a causalidade na omissão imprópria pode ser vislumbrada naturalisticamente como demonstramos anteriormente. Na verdade, preexiste um sentido desvalioso sobre a omissão na sociedade quando se sabe que determinado comportamento ativo que não foi praticado permitiu que um evento ocorresse. É perceptível como fenômeno para a sociedade. Mas também é certo que é objeto de juízo normativo de imputação, que capta essa valoração. As duas exigências convergem no juízo de imputação sobre o caso concreto. De nada adiante a presença do dever jurídico de impedir o resultado se o comportamento negativo, dentro de um juízo hipotético, não possui relevância para a eclosão do evento, o que coincide com a análise de imputação objetiva, no sentido de que não aumenta o risco de lesão ao bem jurídico nem poderia razoavelmente diminuí-lo até os níveis

who committed them”. The absence of a causation link may be further explained with the fact that under article 7(3), the failure to punish does not need the coming into effect of a “result”. It is sufficient for this failure to create a risk for the commission of *further* crimes, in regard of which the causal nexus can be merely hypothetical. This may be explained in analogy to Swiss doctrine of the *abstrakte Gefährungsdelikte*, according to which there are some acts which need not effectively result in injury, harm, death or damage in order to imply liability, since they are prosecutable for the mere fact of creating a danger (inchoate endangerment). A similarity can probably be drawn with the crime of incitement to genocide, under article 6 the ICC Statute(...).

Cf. ARNOLD, Roberta. Command responsibility: a case study of alleged violations of the laws of war at Kham Detention Centre. *Journal of Conflict and Security Law*, v. 7, n. 2, p. 191-231, 2002. p. 208-209.

NT Autor: A ilustre autora refere-se ao julgamento de Delalic no ICTY. Percebe-se do trecho transcrito dessa decisão o distanciamento da análise do caso frente à teoria do delito. Primeiro, pela consideração de que o *status* de superior já supre a análise de relação de causalidade, o que significa inaceitável responsabilização objetiva, além de outras incompatibilidades com o direito penal liberal apontadas nesse capítulo. De outra banda, quanto à falha em punir, percebe-se também a extrema dificuldade de fundamentar a ausência de requisito causal, que se baseia simplesmente na natureza formal do crime, como referido pela autora citando a doutrina penal Suíça.

sociais aceitáveis. A presença do dever jurídico de impedir o resultado era o centro da discussão da causalidade normativa na omissão imprópria, dentro da doutrina tradicional.

Hoje essa mesma causalidade normativa é enfrentada pela doutrina da imputação objetiva do resultado, mas com significativos avanços, pois propõe - e efetivamente consegue - delimitar ao máximo o alcance da esfera de proteção aos comportamentos diretamente vinculados à lesão jurídica do tipo,¹⁵⁹ isto é, àqueles comportamentos em que o risco se concretiza *diretamente* no resultado.

Esta teoria, que remonta a Larenz e Honig, fundamenta-se na dificuldade de construção do direito penal a partir de estruturas pré-jurídicas, como o faz o causalismo e o finalismo em temas como: nexos de causalidade, omissão, tentativa, autoria e participação. Não é aqui o momento para debater-se tão complicada doutrina, pois o nosso objetivo é apenas trazer a discussão do objeto de nossa pesquisa para o direito penal e inseri-lo na teoria do delito. Por exemplo, dentro do ponto de vista do nexo causal, é inequívoco que a vinculação de um comportamento - positivo ou negativo, principalmente este último - a um determinado resultado, concebido do ponto de vista naturalístico, é tarefa das mais complicadas, que no direito penal brasileiro ficou afeta à teoria da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non* ínsita no *caput* dos artigos 13 e 29, respectivamente do CPB e do CPM. Tem ela a virtude de alcançar todos os comportamentos que se vinculam a um determinado resultado. O recorte é dado pela imputação jurídica, no plano subjetivo, dolo e culpa, ou seja, no âmbito da culpabilidade, segundo a visão positivista ou da tipicidade na visão finalista. Mas será mesmo que a verificação do dolo e culpa é suficiente para vincular-se o resultado aos comportamentos que diretamente estão com ele relacionados e afastar os que se situam fora dessa constatação? Mesmo para comportamento doloso e comissivo isso pode não acontecer.

¹⁵⁹ Assinalam Maurach e Zipf: "Por lo tanto, la investigación de la causalidad tiene lugar em dos etapas, estructuradas una sobre la outra, em cuanto em primer lugar debe ser examinada la cuasalidad (empírica) del resultado (...) y, afirmada que ella sea, la imputación (normativa) del resultado (...)".

Cf. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. 687 p. p. 318.

Ou como afirma Cezar Bittencourt: "...Na realidade, a teoria da imputação objetiva *tem natureza complementar*, uma vez que não despreza de todo a solução oferecida pela teoria da *conditio*, pois admite essa solução causal. Propõe-se, na verdade, a discutir *critérios objetivos limitadores dessa causalidade*, sendo desnecessário, conseqüentemente, projetar critérios positivos, mostrando-se suficientes somente critérios negativos de atribuição. Nesse sentido, afirma, com muita propriedade, Juarez Tavares que "a teoria da imputação objetiva, portanto, não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito. Simplesmente, por não acentuarem esse aspecto, é que lhe falham no exame do injusto inúmeras concepções que buscam fundamentá-lo".

Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 754 p. v. 1. p. 252.

Por força da teoria da equivalência dos antecedentes, o vendedor de armas está vinculado materialmente ao evento morte causado pelo autor do disparo, mas não do ponto de vista jurídico, pois agiu sem dolo ou culpa. Mas e se um taxista souber que está transportando um homicida, será partícipe do crime cometido? Ora, se a resposta não é fácil de ser obtida em crimes dolosos comissivos, pense-se em crimes culposos de resultado, ou então nos complicados casos de comportamentos que se misturam e aparentemente se vinculam ao resultado, p. ex: no médico que receita equivocadamente um medicamento para um enfermo que será operado; na enfermeira que prepara o medicamento; no outro enfermeiro que o recebe no momento da cirurgia e sabe dos riscos que pode acarretar ao doente, no outro médico que o aplica e etc. Pense-se em um acidente aeronáutico em que os próprios especialistas comumente afirmam que sempre vários fatores ligados a vários comportamentos concorrem para o evento: um controlador de avião passa informação errada para outro; o piloto executa operação errada durante o voo. Como o recorte dado pelo dolo e culpa é não raro insuficiente, às vezes a jurisprudência constrói soluções para restringir o alcance da causalidade baseada na teoria da **conditio sine qua non**, ainda dentro da perspectiva fenomênica, quando, por exemplo, procura a “causa determinante” entre as várias, o que é de certa forma um retorno à causalidade adequada, solução totalmente em desacordo com o tratamento legislativo penal insito no artigo 13 do CPB ou 29 do CPM.

Dentro de uma perspectiva normativa, quando se trata de omissão imprópria, dir-se-á que o problema da vinculação do comportamento negativo ao resultado é solucionado pela constatação sobre se houve violação ao dever jurídico de impedir o resultado. E a nossa legislação penal fornece as hipóteses em que isso acontece, através das definições de posição de garante do § 2º do artigo 13 do CPB e § 2º do artigo 29 do CPM. Será isso realmente suficiente para formular-se um juízo sobre o nexa causal? Por exemplo, no caso dos médicos e enfermeiros, a primeira dificuldade seria separar o que é comportamento ativo do negativo. Feito isso, observado os comportamentos negativos, teríamos que voltar a nossa atenção para aqueles que violaram o dever de impedir o resultado, por estarem na posição de garante. Tratando-se de receita de medicamento, afastaríamos as enfermeiras e centraríamos nos médicos. Todos eles? Não, é claro, mas apenas aqueles que *diretamente* se relacionaram com o evento, mas para saber quem está nessa situação devemos indagar de critérios jurídicos e fenomênicos. Precisamente é essa a tarefa da imputação objetiva quanto aos primeiros. No segundo aspecto, nos fala a parte final do *caput* dos dois artigos acima mencionados, quando trata da equivalência dos

antecedentes também para a omissão: “Considera-se causa a ação e a *omissão* sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Só que esse dispositivo sozinho não diz nada, não passando de mera ficção jurídica ao equiparar ação à omissão no plano fenomênico, além de não fornecer critérios para se fazer a distinção entre as duas modalidades de comportamento.

A insuficiência desse dispositivo fica clara quando se trata de vários comportamentos incidentes sobre o mesmo evento. Nesse caso, a teoria da *conditio sine qua non* dificulta encontrar quem atuou ou se omitiu verdadeiramente atacando o valor tutelado pela norma, ou dentro de sua esfera de proteção, tendo em vista a amplitude do seu alcance. Pelos exemplos acima citados, vê-se que a análise da causalidade no plano fenomênico alcança todos e que nem a imputação jurídica a partir da definição de dolo e culpa, tampouco a constatação da posição de garante (tanto para médicos, como para pilotos e controladores de voo) restringe a adequação típica levando em consideração os que realmente lesionaram o bem jurídico tutelado, ou seja, atuaram fora do *risco permitido*. A teoria da imputação objetiva, voltando-se para o critério da ordem jurídica, restringe o alcance da adequação típica aos que *diretamente* se relacionaram com a lesão jurídica, sem estender a esfera de proteção da norma a quem está fora do *risco proibido*. Nesse sentido, estão fora do alcance do tipo, independentemente de análise de dolo e culpa – daí porque é objetiva-, quem atua dentro do *risco permitido*.¹⁶⁰ Nos exemplos acima citados não emitiremos qualquer opinião sobre o resultado dessa operação, posto que podem guardar relação com casos concretos, mas é possível que algum médico, controlador de voo ou piloto estejam nessa situação.

Nesse primeiro aspecto da aplicação da teoria da imputação objetiva, trasladado o problema para a responsabilidade de comando, é essa a situação da cadeia de comando nas estruturas militares, naturalmente hierarquizadas. Por exemplo, os vários indivíduos que deram encaminhamento a uma ordem tida como criminosa, pouco importa o nível de graduação dentro da hierarquia militar, não podem ser alcançados pelo tipo, pelo só fato de terem dado propulsão à referida ordem. Isto está além de qualquer consideração sobre nexos causal e o seu conseqüente lógico que é o tratamento da codelinquência, ou mesmo no plano da culpabilidade, ou seja, sobre a obediência hierárquica. Pense-se nos casos Lei do Conselho nº 10. Esses indivíduos que transmitiram as ordens pelos diversos níveis da hierarquia militar atuaram dentro do *risco*

¹⁶⁰ Cf. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1986. 361 p. p. 169-195. p. 145-168. Cf. JAKOBS, Günter. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 94 p. p. 34-53.

permitido, decorrente do escalonamento natural da hierarquia militar, pouco importa que tenham concordado e intimamente aplaudido a decisão superior. Diretamente vinculados aos crimes praticados estão criadores da ordem e executores. De outra banda, o autor da ordem, o superior ou o comandante, como já visto, tem *domínio organizacional* sobre os demais. A sua responsabilidade pelo crime cometido é inquestionável. Durante a Segunda Guerra Mundial não existia esse refinamento doutrinário, mas se chegou às mesmas conclusões com a aplicação recheada de equívocos já apontados da doutrina em torno da conspiração angloamericana ou mesmo por força de argumento de autoridade pura e simplesmente.

Em um segundo aspecto, como complemento da discussão em torno da causalidade omissiva imprópria, deve-se indagar se o comportamento omissivo incrementou o risco da eclosão do evento ou não o diminuiu para níveis socialmente aceitos.¹⁶¹ Vale dizer, pode-se imputar a omissão quando o comportamento esperado diminuiria a possibilidade do bem jurídico resultar lesionado.¹⁶² É discussão normativa, mas vê-se que se volta para a situação fenomênica, onde todo o processo interpretativo sempre haverá de começar, de onde serão extraídos os valores e o sentido dos comportamentos. Em se tratando de omissão imprópria, o incremento do risco pela ausência do comportamento esperado ou a diminuição desse mesmo risco em face da execução do comportamento devido, são situações que parecem se equivaler. Stratenwerth indaga se a ação esperada teria diminuído o risco, a partir de uma corretíssima crítica à jurisprudência alemã, que fixa o juízo de probabilidade não no sentido da salvação do bem jurídico, mas sobre o resultado - lesão efetiva - advindo da omissão. Cita como exemplo a configuração da omissão dos pais de uma criança gravemente enferma, que se omitem em chamar o médico e somente seriam responsáveis pela sua morte se ele pudesse ser salvo com uma segurança próxima dessa possibilidade. De fato, se deslocarmos a indagação sobre o juízo de probabilidade não para a salvação da criança e sim para o evento morte, este sempre será possível:

“(…) De acuerdo con el principio de la elevación del riesgo que ya hemos sostenido en el campo del delito de acción (...), será suficiente para la omisión de una acción, en contra de la opinión antedicha, que tal acción hubiera *disminuido* el peligro del que resulta la lesión del bien jurídico (em el mismo sentido *Rudolphi* ...). Para determinar estas circunstancias, se requiere la *prueba* (y no solo la probabilidad más o menos grande) de

¹⁶¹ Cf. ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 101-120, jan./mar. 2001. p. 101-120.
Cf. JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. 181p. p.76-80

¹⁶² Cf. ORDEIG, Enrique Gimbernat. La distinction entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omission (o de commission por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, n. 44, jul/set., p 34-62, 2003. p. 44-45.

que la acción omitida – valorando todas las circunstancias ex-post conocidas – hubiera reducido realmente el riesgo de producción del resultado. En la medida en que existan dudas, se lesionaría el principio “in dubio pro reo” al convertir la inseguridad en posibilidad de salvamento en perjuicio del autor. Esto significa prácticamente que, el que no proporciona tratamiento médico (em contra de lo requerido por los deberes de garantía) a um accidentado, será responsable de la muerte si tal tratamiento hubiera abierto la posibilidad de sobrevivir; pero no si se establece, o por lo menos no se puede excluir, que el socorro médico hubiera arribado demasiado tarde.”¹⁶³

O problema de se atribuir um resultado - aqui entendido normativamente- a alguém em direito penal cada vez mais vai sendo colocado em nível valorativo e muito pouco em termos de análise da estrutura ontológica do comportamento, finalidade e nexos de causalidade material. A prevalência dos critérios normativos, como tem feito a teoria da imputação objetiva, cada vez mais centraliza essa questão fora dos limites da concepção naturalística em torno do nexo causal, mas em termos de imputação jurídica de um resultado a um determinado agente. Com efeito, para o termo “nexo causal”, cada vez mais é apropriado dizer-se “imputação” de um resultado, principalmente em se tratando de omissão imprópria, raciocínio que também é válido para a omissão própria de garante referida a um resultado. É inequívoco o acerto das conclusões dessa doutrina, mas não se pode esquecer que o direito nasce da conduta humana e a ela se destina. Não se pode perder de vista realmente o fim de proteção da norma, mas ele resulta de valores encontrados na sociedade. A norma apenas capta esses valores. Dessa forma, o componente causal material nunca poderá ser abandonado, nem mesmo na omissão. A teoria da imputação objetiva serve de complemento e correção do que existe no direito legislado. Pelo menos até no nível de seu desenvolvimento atual não pode substituir integralmente a doutrina positivista do nexo causal. A atribuição de um crime a uma pessoa será sempre precedida pela demonstração do nexo causal material e, posteriormente, em um juízo de imputação, seja o comportamento positivo ou negativo.

b) Tipicidade subjetiva da responsabilidade de comando

Enfrentaremos o tema primeiro à luz do sistema continental, em que o estado anímico do agente é dividido em dolo e culpa. Nos manuais de direito penal o dolo normalmente é classificado em direto e indireto, de dano e de perigo. A culpa é dividida em consciente e inconsciente. A legislação penal brasileira, comum e militar, não faz distinção entre dolo de dano e dolo de perigo, o que se constata a partir da interpretação dos tipos incriminadores. Também

¹⁶³ Cf. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: el hecho punible*. Madrid: Edersa, 1982. 362 p. p. 304.

não atribui nenhuma distinção, *o que é grave*, entre culpa consciente e inconsciente. Na visão causalista da conduta, dolo e culpa integravam a culpabilidade. Atualmente integram a tipicidade por força da teoria finalista da ação.

Fundamentalmente, no tipo em questão, tratando-se de falha na prevenção, está tipificado um *risco* decorrente da omissão do superior, que mesmo sabendo da iminência ou ocorrência da prática delitativa desencadeada ou na iminência pelo subordinado não controla a tropa sob o seu comando efetivo, mas nesse nível de consciência não dá assentimento ao crime perpetrado. Dessa forma, ainda quando ele “sabe” desse comportamento delituoso se omite com dolo direto de perigo e não de dano, pois o seu estado de consciência não presta adesão ao crime praticado pelo subordinado. O “deveria saber”, com muito mais razão, na nossa opinião, caracteriza dolo eventual de perigo. Essa afirmação é válida para o sistema continental e coerente com o sistema da *common Law* como veremos.

aa) Sistema continental

Vamos iniciar o estudo a partir do direito penal brasileiro, método que temos utilizado, depois faremos a comparação com o sistema da *common law* e só então ingressaremos na análise da tipicidade subjetiva do ER. Como dito, os arts. 13, § 2º, do CPB e o 29, § 2º, do CPM, ao definirem as hipóteses de posição de garante, tratam apenas de problema atinente à tipicidade objetiva da omissão imprópria, da vinculação do omitente ao resultado e não de dolo ou culpa. Semelhante ao que acontece no tipo da responsabilidade de comando, presente a posição de garante, ou seja, a relação superior-inferior, além do controle efetivo e da comprovação do nexo causal, passa-se à indagação do estado anímico do comandante omitente que, curiosamente, só ocorre nesse tipo através da culpa e não do dolo, na dicção da doutrina internacional penal. Segundo o ER, no artigo 28, a), i), a responsabilização do superior só ocorrerá se esse “chefe militar ou essa pessoa *tinha conhecimento* ou, em virtude das circunstância do momento, *deveria ter tido conhecimento* de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes.

Mais fácil considerar que a omissão seja dolosa quando ele *sabe*. No nosso entendimento, entretanto, esse comportamento negativo seria adequado à modalidade *dolo de perigo*, diante da consciência apenas do risco. Eis, então, a outra razão porque classificamos esse crime como de perigo. Para melhor compreender a classificação da responsabilidade de comando

como crime de perigo concreto é importante fazer uma explicação sobre as formas de tipicidade subjetiva do direito penal continental. A distinção entre dolo de dano e de perigo a que estamos nos referindo normalmente não é objeto de maiores discussões na doutrina alemã, ao contrário do que acontece no direito penal italiano, cujo código penal expressamente se refere a essa espécie de dolo, como se vê do artigo 43:

43. elemento psicológico del reato – il delitto:

É doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che é il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, é dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della própria azione od omisione.

Seguindo os passos da legislação italiana, Antonio Pagliaro traça a seguinte distinção entre dolo de dano e de perigo:

“Un'altra distinzione abbastanza corrente é quella tra *dolo di danno* e *dolo di pericolo*. Vero é che, di regola, la distinzione non attiene allá forma del dolo, bensí al contenuto della fattispecie (il dolo é di danno, dove la perfezione del reato suppone la lesione di um interesse socialmente rilevante; é di pericolo, dove la perfezione del reato richiede la sola posizione in pericolo di quel bene). Tuttavia, non bisogna dimenticare alcune ipotesi marginali, in cui al dolo di danno si accompagna um reato di pericolo (delitto tentato: art. 56 c.p; forme di tentativo tipizzate in modo autônomo dalla legge: es., art. 243 c.p) oppure al dolo di pericolo si accompagna um reato di danno (es.: omicidio preterintenzionale; c.d delitti aggravati dall'evento: artt. 549, 572 cpv. C.p.)”^{164 165}

Preferimos a doutrina italiana nesse aspecto, em que pese a legislação penal brasileira não adotar esse critério, pois trata indistintamente as duas hipóteses dentro da definição de dolo direto quando o agente quis o resultado, ou de forma eventual assumiu o risco de produzi-lo. A definição legal, é bem verdade, ajusta-se mais ao dolo de dano. A doutrina enfatiza que no dolo de perigo, adequado aos crimes de perigo, o agente tem consciência direta ou eventual somente do risco, jamais presta adesão ao evento de dano. Dolo eventual, portanto, também existe em crime de perigo, apesar da deficiente redação legal. Segundo Damásio Jesus:

“No dolo de dano o sujeito quer o dano ou assume o risco de produzi-lo (dolo direto ou eventual). Ex.: crime de homicídio doloso, em que o sujeito quer a morte (dano) ou assume o risco de produzi-la. No dolo de perigo o agente não quer o dano nem assume o risco de produzi-lo, desejando ou assumindo o risco de produzir um *resultado de perigo* (o perigo constitui resultado). Ele quer ou assume o risco de expor o bem jurídico a perigo de dano (dolo de perigo direto e dolo eventual de perigo). Pode acontecer que, já estando presente o perigo ao bem jurídico, o agente consente em sua continuidade. Neste caso, há também dolo de perigo. Enquanto no dolo de dano o elemento subjetivo se refere ao dano, no dolo de perigo se dirige ao perigo”¹⁶⁶

¹⁶⁴ Cf. PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1996. 782 p. p. 284-285.

¹⁶⁵ No mesmo sentido Cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Padova: Cedam, 1992. 998 p. p. 332.

¹⁶⁶ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. 750 p. v.1.p. 293.

No dolo de perigo existe também previsão do resultado (porém nunca adesão ao evento de dano), detalhe que o aproxima da culpa consciente nos crimes de resultado.¹⁶⁷ A diferença está no trecho da conduta que é punido. O crime culposo de resultado, com culpa consciente, é precedido de uma ação dolosa de perigo, que, às vezes o legislador a tipifica, como acontece com os crimes do Código Brasileiro de Trânsito, porém, uma vez ocorrido o resultado culposo resta absorvido o perigo que necessariamente o antecede. Quem sabe de uma situação de risco, nela consente e se omite, o seu comportamento é informado pela culpa em relação ao resultado ou é doloso quanto ao perigo.¹⁶⁸ De outra banda, para ser considerada dolosa a conduta é preciso *saber e querer*,¹⁶⁹ que nesse caso é suficiente para o dolo de perigo quanto ao conhecimento do risco e insuficiente para o dolo de dano, caso não atinja o resultado. Nesse sentido, o direito penal brasileiro, comum e militar, adota a teoria da vontade. Segundo Damásio Jesus, “Dolo não é simples representação do resultado, o que constitui um simples acontecimento psicológico. Exige representação e vontade, sendo que esta pressupõe aquela, pois o querer não se movimenta sem a representação do que se deseja. O CPB adotou a teoria da vontade, pois o art. 18, I, determina:¹⁷⁰ “Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Resultado, do ponto de vista normativo, é a lesão efetiva (dano) ou potencial (risco) do bem jurídico. Assim, não basta a representação do resultado; exige vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado (ou assumir o risco de produzi-lo).¹⁷¹

¹⁶⁷ Leciona Aníbal Bruno: “... No dolo de perigo, a vontade consciente se dirige só a um resultado de perigo. O agente quer apenas por em perigo um bem jurídico penalmente tutelado. O resultado de dano deve ser previsto, mas o agente não o quer e mesmo, em vez de aceitar o risco de produzi-lo, espera que ele não ocorra. Nisso se distingue do dolo eventual. Difere ainda da chamada culpa com previsão, porque nesta nem o resultado de perigo é querido pelo agente”
Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 358 p. p. 78-79.

¹⁶⁸ Vejamos como exemplo o artigo 133 do CPB, que trata do abandono de incapaz. O exemplo é interessante porque trata de uma hipótese de crime omissivo próprio de garante. Sujeito ativo é quem tem especial relação com o sujeito passivo a ponto de ter que defendê-lo da situação de risco, ou seja, impedir o resultado. Nesse caso, o agente que pode cometer o crime por omissão tem consciência do risco que a situação de separação física pode gerar para o sujeito passivo, mas em hipótese alguma deseja que a sua integridade física ou vida sejam atingidos. Por essa razão, a condição de maior punibilidade nesse crime é uma forma preterdolosa, ou seja, a lesão grave e a morte, que se constituem em evento de dano, são punidas culposamente, pois o dolo do tipo não as atinge. Caso o dolo alcance o resultado morte estará executando um homicídio doloso em comissão por omissão, art. 121, c/c o artigo 13, § 2º, “a”, do CPB.

¹⁶⁹ Cf. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. 687 p. p. 380-384.

¹⁷⁰ Na verdade, a definição de dolo do CPB e do CPM é pouco adaptada para os crimes de perigo. Quem age com dolo direto de perigo não quer o perigo, simplesmente tem consciência do risco. Se for dolo eventual tem consciência de que o risco pode eclodir.

¹⁷¹ Cf. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. 750 p. v.1. p. 288.

Não discrepa desse entendimento o ER, que no artigo 30 é ainda mais enfático em adotar a teoria da vontade, ainda que dentro da perspectiva de tipicidade subjetiva da *common law*:

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 efeitos do presente artigo, entende-se que atua intencionalmente quem:

a) relativamente a uma conduta, se propuser a 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 terá lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos. As expressões "ter conhecimento" e "com conhecimento" deverão ser entendidas em conformidade.

Sem dúvida, o tratamento dispensado no artigo 30 do ER é perfeitamente compatível com a teoria da vontade adotada pelo direito penal brasileiro, bastando comparar com a redação dos artigos 18 I do CPB e 33 I do CPM. O tratamento do dolo eventual, no nosso entendimento está na expressão contida no item b), "relativamente a um efeito do crime, se propuser a causá-lo ou estiver *ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos*", como também no item 3. A redação é compatível com a teoria do *assentimento* com relação ao dolo eventual. Voltaremos a esse dispositivo mais a frente quando comentarmos uma recente decisão do TPI, que desvendou o conteúdo da tipicidade subjetiva para os crimes de sua competência.

bb) A questão do erro

Ainda quanto à tipicidade subjetiva, é preciso dizer que caso se entenda que o comportamento é doloso nas duas fórmulas, dentro da modalidade dolo de perigo, faz-se necessário, como acontece em qualquer comportamento doloso, que o dolo percorra todas as elementares. Nesse crime equivale a dizer que o dolo deve alcançar a posição de garante, posto que elementar do tipo. Quer isso dizer que deve ingressar também no plano de conhecimento do sujeito ativo a situação de comando, controle efetivo, forças sob o seu comando, cometimento ou possibilidade de prática de crimes pelos subordinados. E aqui entra em discussão a questão do erro vista no capítulo I.

Dessa forma, se o agente se omite na crença, por erro justificável, *por má apreciação da realidade*, de que não é mais o comandante; que as forças envolvidas na operação não estão

mais sob o seu comando; tampouco era impossível saber se estavam cometendo ou prestes a cometer crimes da competência do TPI, estaremos diante de uma hipótese de erro de tipo (erro de fato no ER), por força do artigo 32, 1, c/c o artigo 30, 1, do ER. O erro de fato no ER, como visto no capítulo I, afasta o dolo igualmente ao erro de tipo no nosso sistema.

Pode haver também erro sobre a ilicitude sobre esses mesmos elementos, erro de proibição direto, tratado no ER *também* como excludente do dolo, por exemplo, se por má interpretação do direito tiver a errada convicção de que não é mais o comandante, artigo 32.2 do ER. Como dito no capítulo I, no nosso entendimento, o ER adotou a teoria *estricta* do dolo. O *erro de direito* vencível é praticamente indiferente no sistema do ER diante das raras hipóteses de crime culposos.

Mas para entender o exato alcance dessas expressões referentes à tipicidade subjetiva no artigo 30 do ER é necessário tentar entender também como o sistema da *common law* faz essa classificação, o que faremos a partir da doutrina em torno da omissão nesse sistema.

3. A OMISSÃO NA *COMMON LAW* E SUA RELAÇÃO COM A RESPONSABILIDADE DE COMANDO

A. A tipicidade objetiva

Jerome Hall divide a omissão em direta e indireta. A primeira seria, na visão continental, a omissão própria e a segunda, os casos de omissão imprópria ou comissão por omissão. Aparentemente o conceito de omissão está vinculado ao de estado anímico, tanto assim que esse renomado autor chega mesmo a dizer que na omissão própria não se faz necessária à indagação sobre *mens rea*,¹⁷² isto é, sobre a tipicidade subjetiva:

“...In European criminal theory, a distinction is drawn between direct omissions and indirect omissions. The former are usually minor offenses, e.g. omission to file a tax return or to register at a new place of residence; and these are also called “real” omissions. The latter, “*commission par omission*”, sometimes called constructive or “unreal” omissions, concern more serious crimes, e.g. a homicide caused by a criminal forbearance. The above distinction is also accepted on the ground that in the direct omissions, *mens rea* is not required, while it is required in *commission par omission*, e.g. overt violations of the food and drug act, sale of liquor to minors, and so on.”¹⁷³

E mais a frente refere-se a um autor que sustentou que a indagação sobre a *mens rea* é útil para os crimes comissivos e não para os omissivos de uma forma geral. Isto acontece porque

¹⁷² Relembrando: *Mens rea*, **mutatis mutandis** refere-se à tipicidade subjetiva, principalmente a dolosa. **Actus reus**, trata dos problemas atinentes à tipicidade objetiva, notadamente a conduta.

¹⁷³ Cf. HALL, Jerome. *Principles of criminal Law*. 2. ed. New Jersey: Lexis Law, 2005. 642 p. p. 199.

o estado de consciência do omitente não pode abranger toda a conduta se ele não estiver consciente do dever de agir. Jerome Hall é contra este entendimento, mas deixa escapar que a sua objeção é clara apenas quanto aos crimes graves: "...The untenability of this view is evident or, at least, its generality must be questioned on reference to serious criminal omissions, e.g. homicides committed by forbearance..."¹⁷⁴

Eis aí provavelmente o nascedouro do problema do tratamento da responsabilidade de comando omissiva, como forma de *strict liability*, visto que a doutrina penal anglo-americana serviu de fonte mais próxima de consulta. Ora, partindo do pressuposto de que na omissão dentro do sistema da *common law*, pelo menos na época da redação do Estatuto do IMT, a indagação sobre a *mens rea* era amenizada em algumas hipóteses essa conclusão pode ter sido trasladada para responsabilidade de comando. Dessa forma, perante o direito anglo-americano havia um certo fundamento para não se indagar sobre a tipicidade subjetiva no julgamento do Gen. Yamashita. Mas com certeza se tratou de leitura apressada da doutrina penal desses países, pois jamais tribunal penal algum desse sistema de direito olvidaria de indagação sobre o estado anímico do agente em crime de tamanha gravidade, com possibilidade de aplicação de pena de morte.

Do ponto de vista da tipicidade objetiva, a omissão imprópria da *common law* envolve também problema de nexo de causalidade. Também só se configura diante de especial relação do sujeito ativo do crime com o sujeito passivo. Isso ocorre por força de lei escrita (*statute*) e também com fundamento em precedentes judiciais, que validamente fundamentam a construção de crimes nesse sistema. Em alguns códigos penais norte-americanos quando existe a referência ao *duty of law* tem ela esse sentido.¹⁷⁵

A partir de exemplo citado por George P. Fletcher é possível observar a diferença entre os dois sistemas nesse tema. Refere-se à omissão de um homem em pedir ajuda médica para sua mulher doente:

"The more difficult cases are those that we would call "letting die" rather than "killing". A woman falls sick and her lover fails to call for medical help. He lets her die when he could have intervened and staved off death. Whether he is liable depends, in the common view of the courts, on whether he has a duty to aid her. Imposing these duties raises serious problems of legal systems, are judicially generated. There is no Western legal system that exhaustively regulates, by statute, the situations that generate a duty that will, in breach, support a conviction for criminal homicide. The Model Penal Code

¹⁷⁴ Cf. HALL, Jerome. *Principles of criminal Law*. 2. ed. New Jersey: Lexis Law, 2005. 642 p. p. 200.

¹⁷⁵ Por exemplo, o Código Penal do Estado de Nova Iorque: § 15. **Culpability; definitions of terms.**
3. "Omissions" means a failure to perform an act as to which a duty of performance is imposed by law.

provides that "liability for the commission of an offense may not be based on omission ... unless a duty to perform the omitted act is imposed by law". "Law" in this context means case law, not statutory law. Therefore the punishment of commission by omission raises serious problems under the principle *nulla poena sine lege* (no punishment without a prior *statutory* prohibition".¹⁷⁶

Ao contrário do que está dito, o direito penal continental registra a previsão de situações de posição de garante na comissão por omissão, por exemplo, o nosso CPB e CPM. Mesmo assim, o alcance da omissão imprópria no sistema da *common law* é mais amplo, pois as situações de posição de garante podem também se fundamentar em precedentes judiciais.

O DIPen, por força da influência exercida pelo direito penal da *common law*, nunca se preocupou em redigir as situações de posição de garante.

Mas as situações de posição de garante na *common law* existem e foram construídas durante séculos pela jurisprudência. Não é o caso do DIPen que acabou de nascer. É por essa razão que a leitura da responsabilidade de comando, a partir da visão continental, conduz à inevitável conclusão de que algo está faltando ou o conceito de situação de posição de garante está misturado com dolo e culpa. Isto é, a comprovação da omissão imprópria como que presumindo o estado anímico.

Resultado: a responsabilidade de comando parece ter ficado no meio termo entre a responsabilidade individual e codelinquência, omissão própria e imprópria, e o que é pior, responsabilidade objetiva ou subjetiva e, nesse último caso, sem se saber ao certo de que espécie, culposa ou dolosa. Para entender toda essa discrepância é necessário agora fazer um ingresso na doutrina penal dos países da *common law* sobre tipicidade subjetiva.

B. Tipicidade subjetiva da *common law* - *mens rea*

Segundo o direito da *common law*, a tipicidade subjetiva, ou *mens rea*, tradicionalmente, pode ser assim classificada: *intent*, *reckless* e *negligence*.¹⁷⁷ No direito norteamericano, por força do "Model Penal Code", muitos estados daquele país acrescentaram o "Knowledge", que está presente na redação do artigo 30 do ER. Vejamos como exemplo o Código Penal do Estado de Nova Iorque:

§ 15.05 Culpability; definitions of culpable mental states.

¹⁷⁶ Cf. FLETCHER, George P. *Basic concepts of Criminal Law*. Oxford, New York: Oxford University, 1998. 223 p. p. 48.

¹⁷⁷ Originalmente, a negligência aqui entendida como crime não intencional não era vista dentro das hipóteses de *mens rea*.

1. "Intentionally". A person acts intentionally with respect to a result or to conduct described by a statute defining an offense when his conscious objective is to cause such result or to engage in such conduct.
2. "Knowingly". A person acts knowingly with respect to conduct or to a circumstance described by a statute defining an offense when he is aware that his conduct is of such nature or that such circumstance exists.
3. "Recklessly". A person acts recklessly with respect to a result or to a circumstance described by a statute defining an offense when he is aware of and consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that such result will occur or that such circumstance exists. The risk must be of such nature and degree that disregard thereof constitutes a gross deviation from the standard of conduct that a reasonable person would observe in the situation. A person who creates such a risk but is unaware thereof solely by reason of voluntary intoxication also acts recklessly with respect thereto.
4. "Criminal negligence". A person acts with criminal negligence with respect to a result or to a circumstance described by a statute defining an offense when he fails to perceive a substantial and unjustifiable risk that such result will occur or that such circumstance exists. The risk must be of such nature and degree that the failure to perceive it constitutes a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the situation.

Iniciemos pelas três hipóteses tradicionais de tipicidade subjetiva desse sistema. Embora não seja o método adequado, vamos fazer uma comparação com o nosso sistema legislativo penal, apenas para facilitar o entendimento sobre o seu alcance dentro do sistema do ER: *Intent* ou *intention* é a forma dolosa, implicando, pois, em vontade consciente dirigida à realização de um evento típico, definição que guarda relação com o nosso dolo direto. *Negligence* é a realização não intencional de crime, ausência de consciência do resultado, o que, rigorosamente, por não ser um estado de consciência não se encaixaria dentro do conceito de *mens rea*. No nosso sistema seria a culpa inconsciente, que é a quase totalidade das hipóteses de realização não intencional de resultados. Por último o *Reckless*. Este é o mais complicado, trata-se da realização consciente de comportamento de risco. É uma categoria independente, embora próxima do *intent* e do *knowledge*. Difícil encontrar parâmetro seguro de comparação com o sistema continental. A sua estrutura pode ser vista como culpa consciente ou dolo eventual, sendo certo que esta última classificação só tem sentido dentro dos crimes de perigo, a nosso aviso.

Vamos nos utilizar primeiramente dos ensinamentos de Jerome Hall :

"Intention" defined in terms of decision, resolution or choice, has reference to a definitive goal, a proscribed harm; and in its initial state, it is pointed towards the future attainment of that objective since some time, however brief, must elapse between the decision to produce the harm and the actual production of it. Another meaning of "intention" is inferred from end-seeking conduct in the very process of its movement towards the forbidden goal. This conduct is described as "intentional", and from it the prior *mens rea* (criminal intention) is also inferred. A third meaning of "intention" is purpose; and this is implied in both of the above meanings. Whether a person has

reached a decision or is consciously moving to implement it, he has a purpose end or goal in view. Since "purpose", however, sometimes means motive, it is desirable to use other words to signify this connotation of "intention". The persuasiveness of these distinctions must rest finally introspection and experience...."¹⁷⁸

"At the other extreme, negligence implies inadvertence, i.e, that the defendant was completely unaware of the dangerousness of his behavior although actually it was unreasonably increasing the risk of the occurrence of an injury...

"...Between the extremes of intentionality and negligence lies recklessness. Recklessness is like the former in that the actor is conscious of a forbidden harm, he realizes that his conduct increases the risk of its occurrence, and he has decided to create that risk. It thus a form of intentional harm-doing in that it, too, is volitional in a wrong direction. But, as noted, recklessness differs from intention in that the actor does not seek to attain the harm; he has not chosen it, has not decided or resolved that it shall occur or, in an aggravated form of recklessness, he is indifferent whether it does or does not occur. That he deliberately increased the risk does not alter the essential fact that he did not intend to produce the harm. On the other hand, it will be recalled, recklessness resembles negligence in that both include an unreasonable increase in the risk of harm; both fall bellow the standard of "due care"¹⁷⁸

No seu ensinamento *intent* é o objetivo inicial perseguido e a decisão de por em marcha o comportamento que irá alcançá-lo, envolve a procura do objetivo final, como também o propósito do agente, que não deve ser confundido com motivo. A negligência implica em que o agente não tem consciência do perigo do seu procedimento. Entre esses conceitos situa-se o *reckless*. De fato, nessa última forma de *mens rea* o agente percebe que o seu comportamento é uma situação de risco ou recrudesce o risco preexistente. É um comportamento consciente o que o torna próximo do conceito de *intent*, mas logo dele se distancia porque o agente não planeja a realização do perigo, como também não se decidiu por desencadear a sua eclosão. Ao mesmo tempo é um estado de consciência que se aproxima do *negligence*, pois não deseja produzir o resultado que decorre do risco.

Essa conceituação coincide com a definição de *mens rea* do Código Penal do Estado de Nova Iorque acima citado. Quando comparamos com o sistema continental, tarefa extremamente complicada, à primeira vista, *intent* é o dolo direto. Já o "reckless", aparentemente, seria culpa consciente, do ponto de vista do resultado de dano, posto que o agente *não* tem consciência de que o seu comportamento determinará a lesão efetiva de um bem jurídico. Mas também pode ser dolo de perigo quanto ao risco. Essa definição se ajusta à hipótese de quando o comandante *sabe* da prática delitativa dos subordinados (*Knows*), porém sem aquiescência aos crimes perpetrados, pois essa hipótese seria caso típico de codelinquência e sua responsabilidade se basearia no artigo

¹⁷⁸ Cf. HALL, Jerome. *Principles of criminal Law*. 2. ed. New Jersey: Lexis Law, 2005. 642 p. p. 114-115.

25 do ER, porém dificultada pela falta de previsão de posição de garante nessa norma de extensão, como já salientado.

Mais a frente, fazendo comparação com o sistema continental, diz que a situação de "recklessness" admite gradação e uma dessas formas é o dolo eventual.¹⁷⁹ Em um manual de direito penal norte-americano encontramos um exemplo de "recklessness" que tanto pode ser caso de culpa consciente como de dolo eventual de homicídio no nosso sistema (portanto, dolo eventual de dano). É um caso de "roleta russa":

"The first three cases that we present in this chapter illustrate different aspects of the legal principle of mens rea. In the first case, *Commonwealth v. Malone* (cite don pl 98), the two youth played "Russian Roulette", a game in which one bullet is placed in a revolver and the other chambers are left empty. Each points the gun at another pulls the trigger, hoping, of course, that the firing pin strikes an empty chamber. When Malone pointed the gun at his friend, Willian Long, the chamber with the bullet in it fired and Long died. Malone appealed his conviction. The appellate court affirmed the conviction on the grounds that although Malone may not have intended to kill Long, Malone's recklessness was such that re could anticipate the likelihood that his intended action could result in Long's death. There was, then, the necessary intent."¹⁸⁰

Ora, nesse exemplo, o "recklessness" é um estado de consciência que atinge o resultado de forma indireta. Ou seja, é a própria negação da culpa consciente, típico caso de homicídio doloso praticado com dolo eventual, em qualquer país do sistema continental. Dolo de dano, portanto. Atualmente, perante o direito penal norte-americano, a figura do dolo eventual de dano parece melhor enquadrar-se na quarta categoria chamada "*Knowingly*" ou *Knowledge*, de construção mais recente, fruto do Model Penal Code. Nessa definição de tipicidade subjetiva, o estado de consciência alcança o resultado. O *reckless* poderia ser confundido com o dolo eventual de dano antes do MPC, jamais depois dele. Pela própria definição do CP de Nova Iorque, vê-se que o seu conceito abrange apenas a consciência da situação de risco. Quando a vontade consciente atinge de forma indireta o resultado, estamos diante da previsão da categoria do *knowledge*.

¹⁷⁹ Nos países da *common law* não existe a dicotomia dolo de dano ou de perigo, que nos parece crucial quando se trata de crimes que envolvem bens personalíssimos, por exemplo, a vida. A vida tanto é tutelada no crime de homicídio, que é crime material, como no crime de perigo individual, art. 132 do CPB, por exemplo. A diferença está no dolo, o primeiro de dano, em que o agente tem consciência de atingir a lesão efetiva do bem jurídico vida, enquanto no segundo jamais atinge o resultado, lesão efetiva do bem jurídico. Embora inexistente essa distinção essas situações de dolo de perigo se encaixam perfeitamente na definição de *Reckless*, principalmente se levado em consideração a evolução do direito norte-americano.

¹⁸⁰ Cf. CHAMBLISS, William J.; COURTLESS, Thomas. *Criminal Law, criminology, and criminal justice*. Belmont, California, USA: Books/Cole, 1991. 290 p. p. 96-97.

O *reckless* demanda uma análise mais aprofundada o que faremos a seguir, pois é extremamente controvertido dentro da doutrina penal da *common law* e, embora o ER não se refira a ele expressamente, é, sem dúvida, o fundamento da punição do comandante, pelo menos na hipótese quando ele “sabe” do comportamento criminoso desencadeado pelos subordinados.

a) *Tipicidade subjetiva da responsabilidade de comando no Estatuto de Roma*

Vê-se que a definição de *intent* e *knowledge* está inserida no artigo 30 do ER:

Artigo 30

Elementos psicológicos

1. *Salvo disposição em contrário* (art. 28, p. ex), nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer (*intent*) e conhecimento dos seus elementos materiais (*knowledge*).

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

a) relativamente a uma conduta, se propuser a adotá-la (*intent*);

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 (*knowledge*).

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

De acordo com Mohamed Elewa Badar¹⁸¹ em recente comentário ao ER, após a decisão proferida pela *Pre Trial Chamber n. 1 do ICC – Caso “Lubanga”* - o artigo 30 que tem nas formas dolosas do *intent* e *knowledge*, como regra, para os crimes da competência do TPI, também vem sendo visto do ponto de vista da classificação de tipicidade subjetiva dolosa do sistema continental. A letra “b” do n.2, na primeira parte, trata de dolo direto de primeiro grau e a segunda parte de dolo direto de segundo grau, quando se refere ao efeito de crime que o autor proponha causá-lo. Na nossa opinião, o texto da decisão se refere ao dolo direto de primeiro grau na letra “a” do n. 2; dolo direto de segundo grau na primeira parte da letra “b” e dolo eventual segunda

¹⁸¹ Cf. BADAR, Mohamed. The mental element in the Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary from a comparative Criminal Law perspective. *Criminal Law Forum*, v. 9, n. 3, p. 473-518, Dec. 2008. Cf. ainda, sobre a análise da tipicidade subjetiva a partir do caso “Lubanga”: WEIGEND, Thomas. Intent, mistake of Law, and co-perpetration in the *Lubanga* decision on confirmation of charges. *Journal of International Criminal Justice*, v. 6, n. 3, p. 471-487, 2008.

Cf. CLARK, Roger S. Drafting a general part to a Penal Code: some thoughts inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court’s First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings. *Criminal Law Forum*, v. 19, n. 3-4, p. 519-552, Dec. 2008.

parte da letra "b", do item 2 do artigo 30: *estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos*. O dolo eventual também pode ser vislumbrado na redação do item 3., quando o agente tem consciência "de que existe uma circunstância ou de que *um efeito terá lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos*."

Dolo direto de segundo grau seria o que na *commom Law* chama-se de *oblique intent*, quando um efeito colateral necessariamente ocorrerá no curso dos acontecimentos e o agente consente na sua produção. De fato, se para matar uma vítima em um trem o agente provoca a explosão da composição, sabe e consente na morte dos demais passageiros. Dele nos fala Cezar Roberto Bitencourt: "... Enfim, quando se trata do *fin* diretamente desejado pelo agente, denomina-se *dolo direto e de primeiro grau*, e, quando o resultado é desejado como consequência necessária do meio escolhido ou da natureza do fim proposto, denomina-se *dolo direto de segundo grau* ou *dolo de conseqüências necessárias*..."¹⁸²

A doutrina alemã também distingue dolo direto de primeiro grau do de segundo grau, como pode ser visto em Maurach¹⁸³ ou então o chamado dolo direto de primeiro grau é a intenção; o dolo direto de segundo grau é simplesmente dolo direto e, além deles, existe o dolo eventual, quando o Autor "considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella ..."184 Na doutrina italiana pode ser vista a mesma tripartição, porém o dolo direto de primeiro grau é o dolo direto, o de segundo grau é o dolo indireto e, em terceiro lugar, existe o dolo eventual com o mesmo alcance da doutrina tedesca.¹⁸⁵ O direito penal brasileiro adota uma idéia bipartida de dolo no artigo 18 I do CPB e 33 I do CPM, mas que abrange todas essas situações. O chamado "dolo direto de segundo grau", dada as características de nossa conceituação legal parece estar também contido no dolo eventual, até porque ambas as formas de dolo foram equiparadas em seus efeitos.

Considerou a Corte, corretamente, confirmando as conclusões de nosso trabalho, que o artigo 30 *não* abrangeu o conceito de *reckless*, o que confirma também a nossa afirmação de que

¹⁸² Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 754 p. v. 1. p. 271.

¹⁸³ Cf. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 384.

¹⁸⁴ Cf. JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981, 696 p. v. 1. p. 402-405.

¹⁸⁵ Cf. PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 276-277.

dolo eventual no sistema continental de forma alguma pode ser equiparado ao *reckless*, pelo contrário, pelo fato de alcançar o resultado, é a sua própria negação. Outra não poderia ser a conclusão diante da redação do item 3 desse dispositivo, que se refere ao *actual knowledge*, estado anímico doloso que, por abranger o resultado, é incompatível com o *reckless*. O *reckless*, diante da clara exigência de *intent* e *knowledge* do artigo 30, como não poderia deixar de ser, foi expressamente afastado do alcance do dispositivo em comento no seguinte item da decisão, que, em nota de rodapé, cita o renomado doutrinador da *commom Law*, George Fletcher:

355. Where the state of mind of the suspect falls short of accepting that the objective elements of the crime may result from his or her actions or omissions, such a state of mind cannot qualify as a truly intentional realization of the objective elements, and hence would meet the "intent and knowledge" requirement embodied in article 30 of the Statute.¹⁸⁶

No caso *sub judice*, a decisão confirmou as acusações referentes ao tipo do artigo 8 (2) (b) (xxvi) e 8 (2) (e) (vii), cujas elementares têm a tipicidade subjetiva diversa do *intent* e do *knowledge*, logo estão abrangidos pelo "salvo disposição em contrário" do artigo 30 .1, pois nos *elementos do crime* exige-se que o autor "saiba" ou "devesse saber" que os alistados eram menores de 18 anos. Nesse último caso, o tipo subjetivo adequado é o *negligence*. Observe-se como a fórmula é semelhante à descrição da responsabilidade de comando, a confirmar as nossas conclusões de que a tipicidade subjetiva dessa modalidade delitiva é diversa do artigo 30, logo, não se pode entender que o agente nesses casos preste adesão ao resultado. Qual resultado? Lesão efetiva à saúde, à integridade física ou a vida dos conscritos, no nosso entendimento. O indivíduo menor de idade presume-se diminuído o seu desenvolvimento mental. Por essa razão tem menos discernimento, mais facilmente pode ser vitimado no combate. O agente que alista menores tem consciência direta ou eventual dos *riscos* a esses bens personalíssimos que podem sofrer os sujeitos passivos. O dolo do tipo, evidentemente, não alcança os *resultados* efetivos à *integridade física, à saúde* ou à *vida* dos menores, logo não se situa nas exigências do *intent* e do *knowledge*. Está, pois, abrangido pela fórmula "*Unless otherwise provided*". A hipótese é pouco provável, mas se o desejo de quem promoveu o alistamento dos menores era justamente que eles

¹⁸⁶ Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ICC-01/04-01/06. Case: The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Disponível em:< <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/Related+Cases/ICC+0104+0106/Democratic+Republic+of+the+Congo.htm>, p. 120> Acesso em 15 maio 2009.

morressem em combate ante à menor capacidade de se defenderem, o crime seria de homicídio intencional. Execução indireta de homicídio doloso.

Correto o entendimento da Corte, porém, é de notar que a redação do tipo do ER, no pertinente, é flagrantemente diversa dos elementos do crime em relação ao comportamento delituoso, matéria a sugerir outro debate em outra oportunidade.

Aparentemente, a decisão admite a omissão como forma de conduta no Estatuto. Isso não aconteceu, na verdade, até porque o crime referido na decisão e a forma como a codelinquência se operou no caso concreto, claramente denota comportamento ativo. Além disso, o local correto para afirmar-se a omissão como *conduta* não é em sede de tipicidade subjetiva, mas na análise do comportamento do ponto de vista de tipicidade objetiva, ou seja, no artigo 25. Esses e outros trechos da decisão que se referem à omissão têm a consequência de afirmar que, do *ponto de vista doutrinário*, conduta, seja ela positiva ou negativa, deve ser abrangida pelo dolo do tipo. Nada mais correto. Ainda não se tratou de um caso de omissão imprópria, mas demonstra a importância que os julgadores deram à comprovação do dolo.

Visto isso, na nossa opinião, vamos agora reforçar, não estão presentes na responsabilidade de comando o *intent* e o *knowledge*. O eminente professor Antonio Cassese pensa de forma diferente. O renomado autor esclarece as situações referentes à tipicidade subjetiva da responsabilidade de comando da seguinte forma:

“1) The superior knows that crimes are about to be or are being committed by his subordinates and nonetheless takes no action. Here international rules, which consider that the superior *in some way takes no action in the crime of his subordinates*, require, for culpability “(i) *knowledge*, that is awareness that the crimes are being or are about to be committed; and (ii) *intent*, that is the will no to act, or at least *recklessness*, that is awareness that failure to prevent the action of subordinates risks bringing about certain harmful consequences (commission of the crimes), and nevertheless ignoring this risk”
2. The superior has information which should enable him to conclude in the circumstances at the time that crimes are being or will be committed, and fails to act, in breach of his supervisory duties. According to *Delalic and others*, this is the case when the commander or the superior authority “had in his possession information of a nature, which at least, would put him on notice of the risk of such offences (by his subordinates) by indicating the need for additional investigation in order to ascertain whether such crimes were committed or were about to be committed by his subordinates. “Here either *recklessness* or *gross or culpable negligence (culpa gravis)* may be held sufficient. The latter state of mind, as pointed out above, may be found when: (i) the commander is required to abide by certain standards of conduct or take certain specific precautions; and in addition (ii) he is aware of the risk of harm and nevertheless takes it, for he believes that the risk will not materialize owing to the steps he has taken or will take. 3. the superior should have known that crimes were being or had been committed. Here again *gross or culpable negligence (culpa gravis)* is sufficient. 4. The superior knows

that crimes have been committed and fails to repress them by punishing the culprits. Here, *knowledge* and *intent or culpable negligence* would seem to be required for criminal liability¹⁸⁷

Segundo o festejado autor, quando o comandante sabe (knows), situações 1 e 4, o estado anímico abrange o *Knowledge*, que, já sabemos, significa literalmente conhecimento; o intent, intenção em português, dolo, em face do desejo de não agir, ou pelo menos o *reckless*. Vê-se que exclui o *reckless* da 4ª situação, ou seja, na falha em punir. Na segunda situação, a fórmula utilizada para o deveria saber (*should have known*) inclui o *reckless* e o *negligence*. Rigorosamente, em nada se diferencia da terceira, em que ele afirma ser o *negligence* suficiente para preencher a tipicidade subjetiva nessa hipótese.

A sua classificação não parece estar conforme a doutrina penal, seja da *civil law* ou da *common law*, embora nesse sistema seja comum se ver a afirmação de que o *negligence* ou o *reckless* sejam suficientes para caracterizar a *mens rea* de determinado crime. Ora, um crime não é ao mesmo tempo doloso e culposo. Se um crime é punido de forma dolosa, a prática culposa do comportamento em hipótese alguma é *suficiente* para acarretar a tipicidade. O que talvez se queira dizer é que determinado crime *também* tem forma culposa. Se o crime é doloso, ou é motivado pelo dolo de dano que abrange o perigo, ou somente pelo dolo de perigo. Essa forma de interpretação talvez se explique porque se baseia na jurisprudência do ICTY, cujo Estatuto, ao contrário do ER, não dispõe de dispositivo próprio sobre codelinquência e tipicidade subjetiva.

O ER não autoriza esse tipo de interpretação. Por força da exceção estabelecida pelo artigo 30, que trata de tipicidade subjetiva, o comportamento omissivo no artigo 28 não pode ser motivado pelo dolo direto *intent* ou eventual *knowledge*. Com mais razão, o conhecimento definitivo (*knows*) do artigo 28 não alcança o resultado, tal como o *knowledge* é tratado no artigo 30 e diante de previsão de codelinquência no ER, no artigo 25. O comandante omissivo que tem o seu comportamento informado pelo *intent* ou *knowledge* deve responder pelo crime executado, por força da teoria monista, tal como acontece com os artigos 29 ou 53 do CPB ou CPM, respectivamente. O problema é que não existe previsão de omissão imprópria no ER, lacuna que se espera ver preenchida em um futuro breve.

De se estranhar também essa classificação que engloba comportamentos dolosos porque a responsabilidade de comando sempre foi tratada como forma de comportamento negligente mesmo quando o comandante sabia da prática delitativa desencadeada pelos subordinados. Poderia

¹⁸⁷ Cf. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. 472 p. p. 210-211.

a Responsabilidade de Comando abranger o *reckless*, que envolve comportamento consciente de risco?

Páginas antes, ao definir o “*Recklessness*”, equiparou esse estado de consciência ao dolo eventual na dicção da doutrina continental, relevando notar que no direito anglo-americano, pelo menos do ponto de vista de lei penal escrita, não existe essa expressão. Afirma o autor mencionado:

“*Recklessness (dolus eventualis)* is a state of mind where *the person foresees that his action is likely to produce its prohibited consequences, and nevertheless takes the risk so acting*. In this case the degree of culpability is less than in intent. While in the case of intent the actor pursues a certain result and knows that he will achieve it by his action, in the case of recklessness he only envisages that result as *possible* or *likely* and deliberately takes the risk; however, he does not necessarily desire the result...”¹⁸⁸

Bem, na visão continental, se o sujeito ativo do crime está movido pela consciência do risco e não do resultado, que de forma nenhuma deseja alcançá-lo, isto não pode ser dolo eventual, pelo menos em relação ao dano, como visto linhas atrás, pelo contrário, é a sua negação.

Isso também acontece na *common law*. A definição de *reckless* está mais próxima do dolo de perigo dentro do nosso sistema em relação à situação de risco ou de culpa consciente com relação ao resultado. Quer dizer, quando o comandante omissivo “sabe” do comportamento criminoso dos executados, levando em consideração a conceituação de *reckless* jamais presta adesão ao resultado.

Poderiam o *reckless* e o *negligence* fundamentar a tipicidade subjetiva da responsabilidade de comando? Aparentemente a resposta é positiva e diz respeito à exceção contida na própria redação do artigo 30 quando se refere a “salvo disposição em contrário”. A exceção refere-se à responsabilidade de comando ou a tipos com exigência de tipicidade subjetiva diversa do *intent* e do *knowledge*, como o crime do artigo 8 (2) (b) (xxvi), tal como aconteceu no caso “Lubanga”.

Essa conclusão se impõe através de enorme esforço de interpretação sistemática, pois, veremos a partir de agora, apenas aparentemente a tipicidade subjetiva do artigo 28 está adequada a doutrina penal da *common law*, na medida em que a sua redação não indica de forma clara opção por qualquer dessas duas modalidades,¹⁸⁹ caso sigamos o modelo apresentado pelo MPC e contido no CP de Nova Iorque.

¹⁸⁸ Cf. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. 472 p. p. 168.

Essa perplexidade se deve ao fato de que a responsabilidade de comando baseou-se em uma leitura pouco adequada da doutrina e da jurisprudência penal anglo-americana, que é fundada em precedentes judiciais. Tentar colocar isso de forma escrita com mudança drástica de método com certeza agride a doutrina penal da *common law*, como aconteceu no caso da tipificação do crime de *conspiracy* no Estatuto do IMT, conforme já elucidado. O DIPen foi pouco fiel à doutrina penal da *common law* quando das primeiras decisões dos tribunais internacionais, e o ER não acompanhou adequadamente a evolução doutrinária da *mens rea*, cujo melhor parâmetro, indiscutivelmente, é o MPC amplamente difundido nos países desse sistema de direito.

De acordo com o atual estágio da doutrina penal em torno da tipicidade subjetiva da *common law*, nada justifica a redação vacilante do ER sobre o estado anímico do agente no artigo 28, sobretudo porque no artigo 30 isto foi feito de forma detalhada, abrangendo expressamente o *intent* e o *knowledge*. A opção do legislador internacional ficou pela metade; de um lado, foi claro ao optar pelas formas dolosas de comportamento no artigo 30; de outro, permaneceu fiel a uma redação de tipicidade subjetiva na responsabilidade de comando, pouco adequada ao direito penal anglo-americano. Este paradoxo só pode ser corrigido dentro de interpretação sistemática, pois a responsabilidade de comando está inserida em norma penal e como tal deve ser interpretada. No futuro, convém proceder-se alteração no ER para que fique mais claro o estado anímico do agente nesse crime.

Mas a interpretação sistemática enfrenta séria dificuldade, pois é nítido o descompasso com o direito penal em qualquer dos dois sistemas. Para a doutrina penal continental – e com toda a certeza para a *common law* – é simplesmente ininteligível que alguém possa ser participe por omissão sem prévia definição de posição de garante, respondendo culposamente por crime praticado dolosamente por outra pessoa e com a mesma pena, cujo comportamento criminoso normalmente é desconhecido. A redação desse tipo penal necessitava uma maior contribuição dos juristas (penalistas) dos dois sistemas para que se pudesse internalizar as obrigações de comandante de maneira mais adequada e melhor aparelhar o julgador, sobretudo porque se optou por positivizar o crime de forma escrita, semelhante ao direito continental e muitos países desse sistema, entre eles o Brasil, deverão incorporar no seu direito o ER.

¹⁸⁹ Timothy Wu apresenta a multiplicidade de critérios de *mens rea* para a responsabilidade de comando. Cf. WU, Timothy. Criminal liability for the actions of subordinates—the doctrine of command responsibility and its analogues in United States Law. *Harvard International Law Journal*, n. 38, p. 272-295, 1997. p 6-7.

Quando a responsabilidade de comando era tipificação internacional, esse descompasso com os princípios de direito penal se explicava porque essa responsabilização era válida apenas para o volátil mundo do direito internacional, com exclusividade. Assim sendo, era possível condenar alguém sem culpa; admitir participação culposa em crime doloso com pena idêntica, sem prévia definição de tipo legal de crime etc. Porém, a partir do momento em que o direito internacional passou a reclamar vigência e eficácia internas nos direitos das nações e com consequências de direito penal, mais cuidado deveria ter sido seguido na redação desses dispositivos. Como a fonte dessa tipificação foi, ao que tudo indica, a tradução pouco adequada da *common law*, principalmente o direito norte-americano, no primeiro grande julgamento, caso Yasmashita, a Suprema Corte daquele País, em face de HC impetrado pelo réu, deixou passar a oportunidade de dar os contornos devidos a essa espécie delitiva.

Agora sim, voltemos à indagação inicial: como se pode cogitar do *reckless*, no ER se, de *lege lata*, dele não se fez previsão no artigo 30? Como pode ser vislumbrado dentro da redação do artigo 28 quando o artigo 30 admite por exceção outras formas de tipicidade subjetiva? Para responder é preciso voltar à doutrina da *common law*. Uma primeira dificuldade se impõe, pois não existe unanimidade na doutrina da *common law* sobre o que seja *reckless*. Para George P. Fletcher, caso se leve em consideração o MPC, *reckless* seria culpa consciente; *negligence* é o que nós chamamos de culpa inconsciente.

“... The MPC stakes a clear distinction between recklessness (...) in which the actor *perceives but ignores* the risk and negligence in which the actor *fails* to be sufficiently attentive to grasp the risks entailed by his conduct. The German literature refers to distinction as that between two forms of negligence, conscious and unconscious negligence. It is worth noting that not all English-speaking legal systems use the term “reckless” to denote risk-consciousness; the English, for example, use “reckless” to refer to egregious cases of negligence” (...) As translated into the language of the MPC, an attitudinal approach analogous to the stand of *dolus eventualis* would lead to a rather more certain classification of Oswald’s shooting Connally as “Knowingly” causing bodily injury...”¹⁹⁰

A comparação do *reckless* com dolo eventual de dano, como fez Cassese, só é válida fora das hipóteses do MPC, na dicção da doutrina de Jerome Hall acima citada, ou seja, como uma forma mais grave de indiferença ao risco.¹⁹¹ Mas outra dificuldade se apresenta. Existe

¹⁹⁰ Cf. FLETCHER, George P. *Basic concepts of Criminal Law*. Oxford, New York: Oxford University, 1998. 223p. p. 115-121.

¹⁹¹ De fato, trata-se de comportamento consciente, porém de risco. Como comportamento consciente, na verdade, é próximo tanto do *intent* como do *knowledge*, como acentua Herbert Wechsler (1962, p. 24-41). Esse autor transcreve a definição de *reckless* do MPC: “A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his

divergência doutrinária quanto à sua conceituação, o que dificulta ainda mais compará-lo com o sistema continental e a partir daí se extrair o seu alcance no ER. Juam Ignácio Pina Rochefort afirma ainda que duas são as formas de *reckless*. A primeira, de índole subjetiva, em que o agente prevê a situação de risco, e a segunda, de índole objetiva, em que a situação sendo de tal gravidade era evidente que o agente poderia prever a situação de risco.¹⁹² Essa definição vai além da preconizada por Fletcher e se aproxima da sintetização feita pelo MPC se comparada com a transcrição linhas atrás do Código Penal de Nova Iorque.

O autor anota com grande acuidade, que é apressado concluir-se que essa forma de ***mens rea*** poderia ser equiparada facilmente ao dolo eventual continental tal como concebido na nossa legislação penal, por exemplo.¹⁹³

De fato, o sistema anglo-americano no referente à tipicidade subjetiva importa-se muito mais com o risco do que propriamente com o resultado, ressaltando com ênfase a previsibilidade ou previsão do risco. A antecipação da resposta penal, com ênfase no risco, torna de nenhuma importância para o sistema da ***common law*** a própria definição de dolo eventual de dano. Apenas recentemente, por força do MPC, cujo reflexo pode ser visto na definição de tipicidade subjetiva do Código Penal de Nova Iorque acima citado, o que nós chamamos de dolo eventual (de dano)

conduct”.

Cf. WECHSLER, Herbert. On culpability and crime: the treatment of *mens rea* in the Model Penal Code. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v.39, n. 1, p. 24-41, jan. 1962.

¹⁹² **II Clases de Recklessness.**

El derecho ingles, tras la decision de la *House of Lords* em *Caldwell*, há reconocido dos tipos diferentes de descuido (*recklessness*):

- A. descuido subjetivo (*subjective recklessness* o *Cunningham recklessness*)
- B. descuido objetivo (*Caldwell-type recklessness*)

Cf. ROCHEFORT, Juam Ignácio Pina. *La estructura de la teoria del delito en el ambito juridico del “Common Law”*. Granada: Comares, 2002. 175p. p. 88.

¹⁹³ **V. Excurso: Recklessness, dolo eventual y culpa consciente**

1. La problemática continental generada por la difícil distinción entre culpa consciente y dolo eventual há llevado a algunos autores a buscar uma tercera forma de disposición mental del agente, capaz de englobar con ella ambas actitudes subjetivas. Una delas posibilidades sugeridas há sido la extrapolar el *recklessness* anglosajón, como tercera opción.

2. Dicha postura debe afrontar una serie de problemas. Hemos visto que el *Criminal Law* no tiene um concepto correlativo al dolo eventual continental. Entre otras razones, ello se explica por una natural repugnancia a considerar intencional (doloso) um resultado cuya probabilidad es baja. Para a el sistema anglo-americano el elemento determinante es el grado efectivo de riesgo creado y su previsibilidad, mientras que la actitud del agente frente a esse riesgo solo es secundariamente relevante. De hecho, al analizar los conceptos de *intet* 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....

Cf. ROCHEFORT, Juam Ignácio Pina. *La estructura de la teoria del delito en el ambito juridico del “Common Law”*. Granada: Comares, 2002. 175p. p. 101-102.

pode no máximo ser comparado ao *knowledge*, nunca ao *reckless*. Já o *reckless*, na medida em que o seu conceito envolve comportamento consciente de risco, por essa razão pode ser comparado ao dolo de perigo, quanto ao risco, e culpa consciente quanto ao resultado.

4. CONFRONTO ENTRE A DOCTRINA PENAL DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW* EM TORNO DA TIPICIDADE SUBJETIVA E A RESPONSABILIDADE DE COMANDO

A doutrina internacional penal em torno do assunto, além da já exposta de autoria de Cassese, classifica o comportamento do comandante quando sabe (*knows*) como “actual knowledge” e quando ele deveria saber “constructive knowledge”. Tais expressões não encontram correspondência dentro da definição de *mens rea* do direito penal da *common law* depois do MPC. É bem provável que se tenha construído uma tipicidade subjetiva própria a partir do direito da *common law*, mas com ela não necessariamente guardando total correspondência.

Como isso remonta aos casos decididos pela Lei do Conselho nº 10, no final da Segunda Guerra Mundial, antes, portanto, da elaboração do MPC, nos limites dessa pesquisa não é possível saber qual a origem na doutrina penal da referência ao “*Actual Knowledge*” e ao “*Constructive Knowledge*”, cuja dicotomia realmente pode ser encontrada no direito inglês¹⁹⁴. Ou então a referência ao conhecimento definitivo ou presumido teve por inspiração o direito civil, o que não é absurdo, até porque alguns autores, ainda hoje, comparam a responsabilidade do comandante com a responsabilidade indireta, tema típico do direito civil.

Vejamos, então, o que a doutrina internacional penal entende por conhecimento definitivo.¹⁹⁵

Segundo Llias Bantekas:

“... The term “knowledge” denotes awareness as to the existence of a circumstance or awareness of it occurring. According to the *Celebic* judgment, “actual knowledge” in article 7 (3) of the ICTY Statute may be established through direct or circumstantial evidence. Actual knowledge may also be imputed to superiors where they had “in (their) possession information of a nature, which at least, would put (them) on notice of the risk of such offenses by indicating the need for additional investigation in order to ascertain whether such crimes were committed or were about to be committed by (their) subordinates...”¹⁹⁶

¹⁹⁴ Cf. WILSON, Willian. *Criminal law: doctrine and theory*. 3. ed. Essex-UK: Pearson, 2008. 613 p. p. 146-147.

¹⁹⁵ Cf. CRYER, Robert. *Prosecuting international crimes: selectivity and the international criminal law regime*. Cambridge: Cambridge University, 2005. 360 p. p. 316-325.

¹⁹⁶ Cf. BANTEKAS, Llias. The Contemporary Law of Superior Responsibility. *The American Journal of International Law*, v. 93, nº 3, p. 573-595, Jul., 1999. p. 587.

O conhecimento da prática delitiva por parte dos subordinados pode ser obtido por meio de evidências. Essa situação não se confunde quando “deveria saber”, referente ao “constructive knowledge”, que também se extrai por força de evidências do caso, mas que não levam à conclusão que o comandante tinha conhecimento do estado de ilicitude em que a tropa estava se envolvendo. São graus muito distintos de conhecimento que não merecem ser equiparados.

Como nesse estado de consciência não se adere à prática delitiva porque se relaciona a falta de controle adequado da disciplina da tropa, inquestionavelmente, o “knowledge” referido na responsabilidade de comando nada tem a ver com o termo equivalente no MPC. O *actual knowledge*, nesse caso, está próximo do “reckless” e o “constructive knowledge”, ao “negligence”, mas essa conclusão necessita de uma interpretação adequada ao direito penal, com indagação profunda sobre o estado anímico, jamais reduzido o problema a questão de comprovação da omissão, do comportamento inerte. Apenas a redação do artigo 30 do ER está adequada a *mens rea* da *common law* a partir do MPC, em dolo direto “intent” e dolo indireto “knowledge”. Parece mesmo que a doutrina internacional penal não soube sintetizar esses conceitos e a oportunidade para melhor esclarecê-los seria o ER, que também deixou escapar a oportunidade quando não deu uma redação adequada a *mens rea* da responsabilidade de comando. Outra razão a dificultar o alcance do estado anímico nesse crime é porque continuou admitindo a identidade de punição entre o comandante e o subordinado, quando se sabe que os comportamentos são diametralmente opostos do ponto de vista subjetivo.

Do ponto de vista do direito penal brasileiro na responsabilidade de comando ou se tem comportamento doloso de perigo, com definição de dolo direto e eventual, “sabe” e “deveria saber”, respectivamente, como acontece com o crime do artigo 130 do CPB, ou se trata de crime culposos de resultado na segunda hipótese. Como no nosso sistema os crimes são naturalmente dolosos, o “sabe” jamais pode ser entendido como comportamento culposos, ainda que em culpa consciente. Em tipos com redação semelhante no CPB o “sabe” é dolo direto de dano ou de perigo e “deveria saber” é visto como dolo eventual ou forma culposa.

Qualquer que seja a solução, a previsão de punição na mesma medida do crime executado afeta o princípio da proporcionalidade da pena. Também do ponto de vista do direito penal anglo-americano o tratamento punitivo equivalente de hipóteses de comportamento consciente e inconsciente também ofende o princípio da proporcionalidade da pena. A doutrina dos países adeptos desse sistema é unânime em afirmar que na primeira modalidade o agente ao

desenvolver o seu comportamento com consciência do risco ou do resultado é merecedor de pena muito mais grave.

Toda essa dificuldade interpretativa que desemboca na falta de clareza da *mens rea* em relação à responsabilidade de comando é explicada por Jenny S. Martinez, entre outros motivos, pela importação de conceitos de direito penal sem a devida compreensão e explanação do alcance dos seus termos. Nada mais correto.

O autor ainda faz comparação com outros sistemas da própria *common law*, como o britânico, e mesmo o continental, e afinal conclui: "...Unfortunately, international courts have not always been this precise about defining mens rea, and nowhere has this been more of a problem than in the context of superior responsibility".¹⁹⁷

O descompasso com a doutrina penal resulta na dificuldade de se saber o exato alcance do "actual knowledge" - conhecimento definitivo - insito no artigo 28. A um tempo é visto pela doutrina internacional penal como *intent* - dolo direto-, *reckless*, simples comportamento consciente de risco ou como forma de dolo indireto. Nesse último caso, compara-se erroneamente *reckless* a dolo eventual do sistema continental, ou então o conhecimento definitivo é equiparado ao *knowledge*. Por último, tal como ficou decidido no caso Celebici, também foi comparado a outra forma de dolo, o chamado *willful blind*.¹⁹⁸ *Willfull Blind* seria um dos graus do *knowledge*, como pode ser visto na doutrina penal inglesa, como veremos agora.

Conforme ensina William Wilson, o *Knowledge* pode ser entendido em três graus: o primeiro é o *actual knowledge*, o segundo é o *wilfull blindness* e o terceiro é o *constructive knowledge*.

"...A person acts knowingly in relation to a relevant circumstance when is aware of that circumstance. The second degree is known as "willful blindness" or "shutting one's eyes to an obvious means of knowledge". This occurs where actual knowledge is absent only because, suspecting the truth, the accused turns a "blind eyes" for fear his suspicion is correct. ... The third degree is constructive knowledge. This differs from the two degrees of knowledge in requiring neither awareness nor even a purposive avoidance of the means for learning the truth. ... This degree of knowledge is not enough for crimes where the fault element is described in terms such as "knowing", "believing" or being "reckless" as to the existence of a relevant circumstance (grifo nosso)"... **Summary** "... Where the fault element of an offence is constituted by knowledge this includes not only actual knowledge but also willful blindness. Willful blindness refers to the state of mind of the person who deliberately fails to make inquires in the face of overwhelming evidence that a relevant fact exists. It is not the same as strong suspicion, which is not

¹⁹⁷ Cf. MARTINEZ, Jenny S. *Understanding mens rea in command responsibility: from Yamashita to Blaskic and beyond*. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n° 5, p. 638-664, 2007. p. 647.

¹⁹⁸ SCHABAS, William A. *Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. *New England Law Review*, v. 37, n° 4, p. 1015-1036, 2003. p. 1029-1030.

knowledge for this purpose. Constructive knowledge, that is the knowledge one would have had if one had made proper and reasonable inquiries, is sufficient for those crimes where negligence as to some fact is sufficient for liability".¹⁹⁹

Ora, a doutrina em comento ao estabelecer as três formas de knowledge, de forma alguma, equiparou o "actual knowledge" ao "constructive knowledge" como se pode observar no trato da tipicidade subjetiva da responsabilidade de comando. Pelo contrário, onde se exige conhecimento efetivo dos elementos do crime não é suficiente para preencher a tipicidade subjetiva o comportamento negligente, ainda mais em crime de sangue, acrescentamos. Seria o mesmo que o tipo de homicídio abrangesse dolo e culpa e estabelecesse a mesma gradação punitiva para ambas as formas de tipicidade subjetiva! O "constructive knowledge" é, na verdade, uma forma de negligência e o "actual knowledge" um estado de consciência equiparável ao dolo indireto no nosso sistema, portanto, comportamento doloso. Percebe-se claramente a importação inadequada de conceitos de direito penal ao se equiparar as duas fórmulas quando o comandante "sabe" e quando "deveria saber" e estabelece a mesma resposta penal.

No direito penal norte americano, quando o MPC define o "knowingly" refere-se ao *actual knowledge* e coerente com a doutrina acima exposta, abrange o "wilful blindness" do direito inglês. Matthew Lippman, agora falando como doutrinador penal, transcreve a norma do MPC:

2 Kinds of Culpability Defined. "**Knowingly**

A person acts knowingly ... when:

- (i) if the element involves the nature of his conduct ... he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist; and
- (ii) **if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result.**²⁰⁰

¹⁹⁹ Cf. a nota 36 quanto a obra de WILSON, Willian. *Criminal law: doctrine and theory*. 3. ed. Essex-UK: Pearson, 2008. 613 p. (nota 36).e p. 148.

²⁰⁰ "... "knowingly" is a term of art, whose meaning is limited to the definition give to it by our present Criminal Code. Literally read, the Code defines "knowingly" as actual knowledge- a person acts knowingly, or with knowledge, with respect .. to attendant circumstances when he is aware ... that those circumstances exists..." So read, this definition of "knowingly" or "knowledge" excludes those cases in which "the fact (in issue) would have been known had not the person willfully "shut his eyes" in order to avoid knowing". The Model Penal Code, the source of our Criminal Code, does not exclude these cases from its definition of "knowingly". Instead, the Model Penal Code proposes that "(when) knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offence, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence" ...

The additional or expanded definition of "knowingly" proposed in § 2.02 (7) of the Model Penal Code "deals with the situation British commentators have denominated "**wilfull blindness**" or "connivance", the case of the actor who is aware of the probable existence of a material fact but does not satisfy himself that it does not in fact exist ... The inference of "knowledge" of an existing fact is usually drawn from proof of notice of substantial probability of its existence, unless the defendant establishes an honest, contrary belief ...

Our legislature, however, did not enact this proposed definition of "knowingly" ... The sensible, if not compelling, inference is that our legislature reject the expansion of the definition of "knowingly", to include willful blindness of a

O CP de Nova Iorque, pela redação de sua norma sobre a tipicidade subjetiva já transcrita nesse trabalho, parece não ter seguido a orientação do MPC, pois não está clara a previsão do "wilful blindness" quando tratou do "knowledge", regra que pode ter sido seguida por outros códigos penais dos EEUU. O Estatuto de Roma *no artigo 30*, ao contrário, parece adotar o conceito de "wilfull blindness" se comparada a sua redação com a acima exposta do MPC. Este estado de consciência guarda semelhança com a idéia de dolo indireto no nosso sistema fundado não na alta probabilidade de ocorrência do evento, mas no assentimento ao resultado, teoria adotada pela nossa legislação penal. O artigo 30 enfatiza que "conhecimento" envolve "consciência".

Art. 30.

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".

Mas a redação do CP de Nova Iorque sobre "knowledge" é o suficiente para alcançar as hipóteses de "wilfull blindness" no nosso entendimento. Aquele que atua ou se omite com consciência plena de sua conduta, *ipso facto*, também faz ingressar no seu plano de consciência os seus efeitos.

Contrariamente a doutrina acima exposta, de forma nenhuma o conhecimento definitivo na responsabilidade de comando alcança o resultado, logo, não pode ser forma de dolo de dano indireto, pior ainda direto. A nosso aviso, a responsabilidade de comando perante o direito penal da *common law*, levando em consideração o MPC, é hipótese de *risk-taking*.

Concluindo a interpretação sistemática a partir da redação do artigo 30, na hipótese em que o comandante sabe da ocorrência de crimes praticados pelos subordinados, seria adequado ao *reckless*, em que pese a inexistência de sua definição específica no Estatuto de Roma. *Actual knowledge* nesse caso deve ser entendido como *reckless*. Quando "deveria saber", aqui não se tem dúvida, trata-se realmente do *constructive knowledge* como forma de *negligence*. Cumpre

fact, and chose to limit the definition of "knowingly" to actual knowledge or the fact. ...

Cf. LIPPMAN, Matthew R. *Contemporary criminal law: concepts, cases, and controversies*. USA: Sage Publications, 2007. p. 121, 126.

ressaltar que pela doutrina penal citada, mesmo perante o *reckless* é descabido colocar-se no mesmo plano o *negligence*²⁰¹.

Gerahrd Werle e Florian Joessberger²⁰² afirmam que durante as negociações para a redação final da redação do ER foi retirada a figura do *reckless*, mas que poderiam ser levados em consideração, a partir da expressão “*other provisions*” do artigo 30, ao excepcionar o comportamento doloso, que incluiria o direito internacional costumeiro. Tal interpretação afronta o direito penal moderno e, como temos insistido, o direito internacional penal, a partir do ER, deve adequar-se aos princípios do direito penal liberal. Não se pode criar tipicidade a partir do direito costumeiro, seja ela objetiva ou subjetiva, nem é certo afirmar-se, como pode ser visto em praticamente todos os artigos sobre responsabilidade de comando, a conclusão de que a presença da culpa inconsciente seria o suficiente para a incriminação. Ora, todo crime é informado por específica tipicidade subjetiva, de modo que se é doloso não é suficiente para preencher a tipicidade que tenha sido praticado de forma culposa.

Robert Cryer, ao tentar elucidar o artigo 28, na parte subjetiva, afirma:

“... Thus for the purposes of sentencing and fair labeling, the principle of superior responsibility as enunciated in Article 28 (and article 7(3) of the ICTY Statute) elides very different concepts. This can be seen in a rather incautious statement of the *Blaskic* Trial Chamber, which held that: When a commander fails in his duty to prevent the crime or to punish the perpetrator thereof he should receive a heavier sentence than the subordinates who committed the crime. This statement ignores the difference in culpability that there may be between commanders and subordinates in terms of *mens rea*. In fact, commanders may appropriately get heavy sentences, even for negligence, owing to the nature of the offence(s). Negligence liability is lower in culpability than intention or recklessness, as it is predicated upon what can be inadvertent state of mind. However, the fact that negligence is often not as bad as recklessness or intention does not mean that it is never serious enough to warrant criminalization, at least when negligence is “gross”. This is probably the level required here.”²⁰³

Pela transcrição é possível vislumbrar que não há unanimidade sobre o estado anímico do agente nesse tema, pelo contrário, o que existe é vacilação, insegurança total com relação à subjetividade do comportamento, situação incompatível com o direito penal que exige o máximo

²⁰¹ Não exatamente por questões técnicas, mas por razões políticas, considerando a ineficiência da punição da omissão em sede de cadeia de comando militar, mais realístico, segundo Jason Sengheiser que se puna a omissão do comandante fundada apenas no *reckless*.

Cf. SENGHEISER, Jason. Command responsibility for omissions and detainee abuse in the “war on terror”. *Thomas Jefferson Law Review*, v. 30, 2008. p 693-722. Disponível em: <http://www.tjeffersonlrev.org/30-2/Sengheiser.pdf> Acesso em: 27 maio 2009.

²⁰² Cf. WERLE, Gerhard; FLORIAN Jessberger. Article 30 of the ICC Statute and the mental element of crimes under International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 5, p. 35-55, 2005. p. 53.

²⁰³ Cf. CRYER, Robert. General principles of liability in International Criminal Law. In: MCGOLDRICK, Dominic. *The permanent International Criminal Court*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 260.

de certeza quanto à incriminação. Comparar artigo 28 do ER com artigo 7º do ICTY só piora as coisas, porque esse Estatuto é muito mais lacunoso em relação às exigências do princípio da legalidade em direito penal. Além do mais, trata a responsabilidade de comando na mesma norma da responsabilidade individual e não tem previsão de tipicidade subjetiva em norma específica como acontece com o ER.

As razões para esta confusão interpretativa são as mais variadas, mas de uma forma geral pode-se suspeitar realmente de falta de coordenação entre a lei internacional e a penal dos países da *common law*, origem mais próxima dessa tipificação. Ora, na própria doutrina penal da *common law* não existe unanimidade sobre esses termos referentes à tipicidade subjetiva, pois só recentemente edificou-se um corpo de normas *de lege ferenda* (*Model Penal Code* norte-americano - MPC) para tentar uniformizar esses conceitos. Sem falar que o sistema inglês não necessariamente corresponde ao correspondente americano nesse tema.

Na verdade, a construção da responsabilidade de comando pouco se preocupou com a doutrina penal. Como acentua Volker Nerlich, logo no início de seu trabalho: "The notion of superior responsibility has been described as "an original creation of international criminal law" for which there are no paradigms in the national legal systems ...".²⁰⁴ O problema é que hoje essa responsabilidade assumiu contornos de direito penal com íntima vinculação com o direito penal das nações e deve estar comprometida com a noção de crime qualquer que seja o sistema de direito.

Para piorar, a definição da omissão, cujo problema central é de causalidade e, portanto, de tipicidade objetiva, veio misturada no sistema internacional com estado anímico do sujeito ativo do crime, problema de tipicidade subjetiva. A visão continental do direito penal aborda esses temas de forma diferente, vale dizer, diferencia omissão própria da imprópria, de um lado, e define as hipóteses de estado anímico, de outro, ao estabelecer em lei penal, o que é dolo, tanto direto como eventual, e o que é culpa, normalmente não se dando importância no plano legislativo à distinção entre culpa consciente e inconsciente ou graus de culpa, problemas no máximo atinentes à dosimetria da pena.

²⁰⁴ Cf. NERLICH, Volker. Superior responsibility under Article 28 ICC Statute. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 5, n. 3, p. 665–682, 2007.

5. O TRATAMENTO DA RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO DIREITO PENAL ALEMÃO

Tais incompatibilidades com a doutrina penal, seja no plano da tipicidade objetiva e subjetiva, refletiram na redação do atual Código Penal Internacional Alemão recentemente publicado em face da adoção daquele país ao ER. O resultado é o tratamento diverso da responsabilidade de comando omissiva em duas partes, isto é, como crimes independentes: omissão de impedir a prática delitativa, construída a partir das hipóteses de comissão por omissão e violação do dever de vigilância, ou seja, violação do dever de agir – omissão própria:

§ 4

Responsabilidade do oficial militar e de outros superiores

1. Um oficial militar ou superior civil que se omite de impedir seu subordinado de cometer um fato descrito nesta lei, será punido como autor do fato cometido pelo seu subordinado. O § 13, alínea 2, do Código Penal (causa de diminuição de pena nos crimes comissivos por omissão) não é aplicável a este caso.
2. Equipara-se ao oficial militar a pessoa que exerça de fato o poder de comando e condução e o controle sobre uma tropa. Equipara-se ao superior civil a pessoa que exerça o controle e o poder de comando sobre uma organização civil ou uma empresa.

Seção 3

Outros fatos puníveis

§ 13

Violação ao dever de vigilância

1. Um oficial militar que se omite, dolosa ou culposamente, de fiscalizar devidamente um subordinado que se encontra sob o seu poder de comando ou seu controle efetivo, será punido pela violação ao dever de vigilância, se o subordinado cometer um fato descrito nesta lei, cuja iminência era conhecida pelo oficial e este pudesse evitá-lo.
2. Um superior civil que se omite, dolosa ou culposamente, de fiscalizar devidamente um subordinado que se encontra sob sua autoridade ou seu controle efetivo, será punido pela violação ao dever de vigilância, se o subordinado cometer um fato descrito nesta lei, cuja iminência, sem mais, era conhecida pelo superior e este pudesse evitá-lo.
3. O § 4, alínea 2 é igualmente aplicável.
4. A violação dolosa ao dever de vigilância será punida com pena privativa de liberdade até cinco anos, a violação culposa ao dever de vigilância será punida com pena privativa de liberdade até três anos.

§ 14

Omissão de comunicação de um fato punível

1. Um oficial militar ou um superior civil que se omite de levar imediatamente a conhecimento da autoridade competente, um fato descrito nesta lei cometido por um

subordinado seu, para investigação ou persecução, será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos.

2. O § 4, alínea 2, é igualmente aplicável.

Como visto, do ponto de vista subjetivo, houve nítido tratamento diferenciado na legislação alemã de quando o comandante está vinculado ao resultado em face da posição de garante, que é a hipótese do § 4º. Tal como acontece com a legislação penal brasileira o tipo incriminador se presume doloso. Nesse caso, a posição de garante está informada pelo dolo do comandante omitente que *dá adesão* ao comportamento desencadeado pelo executor, a justificar somente nessa hipótese a punição idêntica. Situação diversa é quando a omissão restringe-se apenas ao controle da tropa, em que de forma alguma o estado anímico alcança a prática delitiva desencadeada pelo subordinado, daí porque a pena máxima é de 5 anos.

Em recente comentário a esses dispositivos a doutrina Tedesca afirmou:

“ Os diferentes objetos de regulamentação do preceito contido no art. 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional sobre a responsabilidade do oficial militar e de outros superiores são transpostos ao Código Penal Internacional através de dois preceitos separados em locais distintos. O § 4 do Código Penal internacional prevê como regra da Parte Geral, a posição de garante do superior que se omitiu de impedir que o seu subordinado cometesse um ato de acordo com o Código Penal Internacional. Esta disposição ordena a punição do superior na mesma proporção que a do seu subordinado. Os casos de mero não-impedimento culposo do fato punível, no qual o superior por falta do dolo não pode ser punido do mesmo modo que o autor do delito doloso, são abrangidos pelos preceitos da Parte Especial do Código Penal Internacional acerca da lesão ao dever de cuidado (§ 13), bem como acerca da omissão de comunicação de um fato punível (§ 14)...Se oficial ou o superior não sabiam nada sobre os fatos puníveis dos seus subordinados, seria incompatível com o princípio da culpabilidade vigente no direito alemão responsabilizá-los pelos fatos. Por isso, o Código Penal Internacional criou para esta situação dois tipos penais autônomos: de acordo com o § 13 do Código Penal Internacional, o oficial e o superior que violaram dolosa ou culposamente o seu dever de vigilância serão punidos, contanto que tivessem podido conhecer e evitar os fatos puníveis dos seus subordinados. De acordo com o § 14 do Código Penal Internacional, o oficial ou o superior que não informaram imediatamente às autoridades competentes para promover a persecução penal, os crimes contra o Direito Internacional cometidos pelos subordinados, tornam-se puníveis. Por outro lado, em razão disso não é imputado ao oficial ou ao superior o crime contra o Direito Internacional, mas o fato punível específico. O Código Penal Internacional expressa – diferentemente do artigo 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional – que o injusto que é reprovado a um oficial ou a um superior, com a violação do dever de vigilância ou com a não-informação de um fato punível, é de outra espécie de importância menor do que o crime de guerra cometido pelo subordinado. Em todo caso a respectiva punição permanece possível.”²⁰⁵

Também outro acerto demonstrou o projeto de lei aprovado na Alemanha ao tratar, no § 14, da omissão de comunicação de fato punível como crime independente. Com muito mais razão, nada justifica que em circunstâncias tais o comandante omisso responda pelo crime

²⁰⁵ Cf. KREB, Clauss et. al. *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. 136 p. p. 103-104.

praticado pelo subordinado. Trata-se de evidente exagero, pois nessa hipótese não se tem dúvida de que não se trata de codelinquência, na medida em que o crime praticado pelo subordinado já se consumou e a "participação por omissão" posterior a essa fase só pode ser vista, nesse caso, como condescendência criminosa, prevaricação ou favorecimento pessoal, todos crimes de menor gravidade que o crime cometido, que será qualquer um dos previstos para a competência do tribunal, isto é, crimes internacionais. O tratamento penal idêntico é evidente ofensa ao princípio da proporcionalidade da pena. Mais um atentado ao direito penal de qualquer sistema de direito.

Em suma, o Código Penal Internacional alemão deu o devido tratamento de direito penal à implementação do ER no direito positivo desse país. O nosso projeto também, porém sob outra perspectiva, como veremos no capítulo seguinte. Em comum, a tentativa de dar adequado tratamento à responsabilidade de comando dentro da perspectiva dos crimes comissivos por omissão. Mas o tratamento adequado aos crimes internacionais em nível interno por qualquer nação, principalmente do sistema romano-germânico, somente será aperfeiçoado quando o ER for alterado de modo a introduzir as hipóteses de posição de garante nos crimes comissivos por omissão e nexos de causalidade, conforme veremos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO V

CORREÇÕES DE RUMO DA RESPONSABILIDADE DE COMANDO EM FACE DA TEORIA DO DELITO PARA CRIMES OMISSIVOS. PROPOSTAS DE ALTERAÇÕES. CONCLUSÕES.

Considerações gerais: *Neste último capítulo faremos as principais propostas de alteração do Estatuto de Roma e da legislação penal militar nacional em face das lacunas que observamos no tratamento da responsabilidade de comando perante o nosso direito penal militar, bem como incompatibilidades do seu tratamento no ER diante das exigências do princípio da reserva legal no sistema continental. Com efeito, mudanças devem ser introduzidas para que o ER alcance o que se considera hoje como omissão imprópria nos dois sistemas de direito. Também o seu texto deve adequar-se à pena da responsabilidade de comando, considerando a tipicidade subjetiva diversa em relação ao executor do crime internacional. Por outro lado, o estudo do tema mostrou que o nosso CPM é lacunoso quanto à responsabilidade de comando e à omissão imprópria e favorece a negligência de maus comandantes. A sua punição no atual quadro normativo, em face de comportamentos dos seus subordinados, pode ocorrer em afronta ao princípio da legalidade. Urge, portanto, que mudanças sejam introduzidas na nossa legislação penal militar, que ampliarão a tutela frente aos crimes previstos no ER.*

1. RESPONSABILIDADE DE COMANDO REVISITADA

Como visto pelas alterações introduzidas pelo direito penal alemão, para um país do sistema continental, é impossível a introdução do ER no direito interno através de lei penal sem que alguns dos institutos ali previstos sofram alguma alteração, dada a divergência substancial como do nosso lado é vista a omissão e a tipicidade subjetiva. Tais incompatibilidades também deverão importar em alteração também no ER para que esse Tratado adquira o máximo de eficácia.

A. Tipicidade objetiva

Claro que o ER avançou muito em termos de responsabilidade individual com respeito ao princípio da legalidade. Mas para alcançar o comportamento negativo como um todo e situações de omissão do comandante motivadas pelo mesmo dolo do executor é imprescindível que na próxima reunião para reforma do ER a omissão imprópria definitivamente ingresse no seu

texto, inserindo-se as situações de posição de garante. Apesar da pouca referência nos tratados de DIH sobre a omissão, o já visto artigo 86 P1 claramente sinaliza para essa necessidade:

Art. 86 – Omissões

1. As altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem reprimir as infrações graves e tomar as medidas necessárias para fazer cessar quaisquer outras infrações às Convenções ou ao presente Protocolo que resultem de uma omissão contrária ao dever de agir.

Isso tem que ser feito de forma isolada, em dispositivo específico, sem o que a consideração da omissão imprópria como comportamento criminoso significará inadmissível violação ao princípio da reserva legal. Como já acentuamos, a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* tem considerado criminosos comportamentos omissivos, com base, principalmente, no costume internacional,²⁰⁶ o que não é absurdo perante o Estatuto do ICTY e do ICTR, cuja redação admite considerar-se como criminosos comportamentos não expressamente previstos. De fato, o DIPen orienta-se primordialmente pelo direito penal da *common law* em que os crimes comissivos por omissão são construídos pela lei escrita (statute) e pela jurisprudência. Mas atente-se para o detalhe que na *common law* o precedente por vezes é construído de forma secular. Por outro lado, como o DIPen também deve se estender ao direito da *civil law*, melhor que as situações de posição de garante venham escritas em fórmulas que, na verdade, reflitam as já conhecidas da jurisprudência da *common law* e do direito legislado do sistema continental. Na essência os casos de posição de garante são os mesmos para os dois sistemas de direito.

O local apropriado talvez seja o artigo 25, que trata da responsabilidade individual. Assim fazendo o ER alcançará as situações de cometimento de crimes internacionais por *omissão imprópria*, além de abarcar outras hipóteses de responsabilidade de comando não previstas no tipo do artigo 28, por exemplo, se o comandante, de fato, for partícipe por omissão do subordinado. E lembre-se da observação antes feita, no sentido da preferência dos tribunais “*ad hoc*” pela responsabilidade individual em detrimento da responsabilidade de comando provavelmente por conta do seu pouco ajustamento aos requisitos da tipicidade objetiva e

²⁰⁶ Rajat Rana afirma que a omissão freqüentemente aparece como forma de participação “aiding and abetting”- auxílio – na codelinquência, “joint criminal enterprise” ou na responsabilidade de comando. Cf. RANA, Rajat. *The Jean Mpambara case: outlining “culpable omissions”* in *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 439–443.

NT Autor: Mas como construir esse tipo de responsabilidade sem causalidade normativa? Do ponto de vista do sistema continental, fora das hipóteses em que a omissão está dentro de contexto de ação, tem-se comportamento atípico.

subjetiva. Não é o caso do ER que distingue responsabilidade individual, codelinquência e responsabilidade de comando.

A proposta de alteração visa corrigir também o tratamento da codelinquência em situações de participação por omissão em que o omitente, *seja ele comandante ou não*, mas desde que juridicamente vinculado à vítima por especial condição, deixar de agir movido pelo mesmo dolo de dano do executor.

Como já ressaltamos, nada justifica a punição da omissão com posição de garante no DIPen apenas para as hipóteses de responsabilidade de comando e com grandes restrições no plano subjetivo.

A terceira sugestão do nosso trabalho é que as fórmulas de posição de garante sejam inseridas dentro das hipóteses de responsabilidade individual no artigo 25 do ER, nesses termos:

Artigo 25

Responsabilidade Criminal Individual.

2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto. **A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha pelos Tratados Internacionais obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; dever de controle sobre comportamento de demais pessoas, por força de lei, cargo, ofício, função ou profissão desempenhados; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado ou com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.**

Ora, de acordo com o artigo 86, 1, do P1, as violações graves na forma omissiva também devem ser punidas, e isso demanda que fique detalhado na lei penal interna dos países que deram adesão a esse Tratado e também no ER. O artigo 86.1 P1, por si só, não pode funcionar como fonte de incriminação para a omissão imprópria. Faz-se necessário que a obrigação de impedir o resultado esteja contida na lei penal, no caso, o ER, com definição de hipóteses de posição de garante. É como, por exemplo, se a obrigação de cuidado da mãe em relação ao filho aparecesse apenas no Código Civil e até com recomendação para que a violação desse dever configurasse crime. Caso não conste *também* na lei penal não passa de recomendação.

Por outro lado, a proposta visa abarcar outras hipóteses de incriminação que no futuro sejam estabelecidas em tratado. Essa é a única possibilidade de se cogitar de cometimento de crime de guerra como tal definido no artigo 8º através de comportamento negativo, em atenção ao princípio da legalidade na versão do sistema continental. A referência ao dever de controle remete ao direito interno do país de origem do agente do crime, para se saber se existe em relação

de subordinação hierárquica e controle entre sujeito ativo e executor. Caso o controle decorra pura e simplesmente de situação fática, a posição de garante encontra fundamento na assunção voluntária de custódia ou ingerência, também previstas na proposta.

Para se entender o alcance da proposta, imaginemos uma hipótese em que alguém que não seja superior na dicção do artigo 28 do ER, porém esteja obrigado pelo direito interno a impedir o resultado advindo da prática de crime da competência do ER. Esta situação só pode ser considerada infração penal em nível internacional em afronta ao princípio da legalidade na versão do sistema continental. Por exemplo, um médico que não sendo combatente ou militar, não esteja envolvido no conflito, mas que tenha se omitido no tratamento de civis feridos por um ataque do inimigo, justamente porque desejava a morte deles. Ora, não se enquadrando na condição de superior não poderia ser responsabilizado na forma do artigo 28 do ER. Não tendo atirado em ninguém não é possível imputar-lhe o crime de guerra de homicídio doloso. Da forma como está redigido o ER, o seu comportamento é atípico como crime internacional, a não ser que se preencha a tipicidade pelo costume, o que é inaceitável para o sistema continental e também no ER que optou pela submissão ao princípio da reserva legal.

A ausência de previsão de cláusula de posição de garante acarreta outra inexplicável lacuna, pois impede que também haja responsabilidade do comandante por omissão, em face também de omissão do subordinado, fora das hipóteses do artigo 28. Da forma como esse dispositivo está redigido hoje, a punição do comandante omissor pressupõe necessariamente que o subordinado tenha agido. Agora imaginemos o contrário: um oficial comandante de pelotão observando que um sargento responsável pela detenção de prisioneiros de guerra deixe um deles sucumbir por conta de graves ferimentos sem pedir a pronta intervenção médica. Os ferimentos graves conduzirão à morte desejada pelo subordinado omissor e pelo comandante igualmente omissor. Tendo em vista a ausência de posição de garante de forma isolada, ao sargento não poderá ser imputado o crime de homicídio doloso, por via de consequência, ao superior também não será possível responsabilizá-lo na forma do artigo 28. Isso acontece porque a responsabilidade de comando é tipo remetido em relação ao crime executado, logo se este é atípico, também o será a responsabilidade de comando.

A fórmula proposta inclui também os requisitos da causalidade na omissão imprópria: a capacidade individual de agir e relevância causal da omissão na expressão "poder agir". Seria interessante que o ER também dispusesse sobre nexos de causalidade em crimes comissivos, pois

a partir desse tema se coloca a questão da comissão por omissão e da codelinquência. A ausência de um dispositivo sobre nexos causal pode deixar que a adequação típica, em alguma hipótese, fique a mercê exclusivamente da interpretação do fato em face da norma incriminadora e daí gerar problemas de adequação típica dentro do modelo de direito penal escrito adotado pelo legislador internacional, conseqüentemente, possíveis ofensas ao princípio da reserva legal. Como o ER optou por *escrever* o DIPen, melhor que siga de perto o tratamento no pertinente dado pelos códigos penais do direito penal continental, aliado aos avanços doutrinários sobre o tema, notadamente a imputação objetiva.

Dessa forma, fica afastada de vez a indagação sobre nexos causal da responsabilidade de comando por omissão, que o ICTY erradamente afastou. Implementando-se agora, sem nenhuma dúvida a comissão por omissão desaparecerá a discussão referente à necessidade ou não de averiguação do nexos causal tanto dentro de um comportamento negativo isolado como também nas hipóteses de codelinquência. Nesse último aspecto, o dispositivo proposto visa justamente vincular o comportamento do partícipe por omissão ao crime praticado por outrem do qual derivou o resultado.

B. Tipicidade subjetiva

A responsabilidade de comando por omissão foi construída a partir de critérios exclusivamente políticos internacionais para ter validade, inicialmente, no âmbito também exclusivamente internacional, perante Cortes Internacionais. Dessa forma, as indagações técnicas de direito penal interno sobre as exigências de configuração de crime provavelmente nunca se constituíram em preocupação central dos operadores desse sistema de julgamentos. Deve-se lembrar que se tratava de julgamento em situação extraordinária, pós-conflito armado, perante um órgão jurisdicional criado para aquele momento, com tempo escasso para se fazer uma reflexão que incorporasse dogmas de direito penal, aliado a uma cobrança maciça da opinião pública por condenação exemplar de um lado, porém com julgamento justo, e execução sumária de outro. Criminalista nenhum, não importa o sistema de direito, admite responsabilização objetiva por crimes de sangue, ainda mais crimes de guerra, que são os mais graves dos crimes. Se o Gen. Yasmashita tivesse sido julgado à época por uma Corte de Justiça dos EEUU, em uma situação de normalidade, aplacados os ânimos, aplicando o direito penal consolidado desse país, certamente a doutrina da responsabilidade de comando teria um desfecho diferente, com o estabelecimento de contornos mais precisos em termos de tipicidade subjetiva.

Diante da crítica acirrada sobre a responsabilização objetiva nesse tema, ainda no clamor dos julgamentos dos criminosos de guerra, aos poucos outros julgados passaram a admitir a necessidade de comprovação da culpa, como aconteceu nos casos julgados sob a égide da Lei do Conselho nº 10. Note-se que não se tratava propriamente de uma preocupação sobre a indagação das categorias da tipicidade subjetiva - dolo ou culpa - mas comprovação do estado de omissão do comandante, ou seja, era mais um problema processual, em que a acusação deveria demonstrar essa omissão, inaceitável do ponto de vista moral, palavra que é muito repetida nesses julgamentos. Claramente estava demonstrada a confusão entre tipicidade objetiva e subjetiva (para não dizer entre moral e direito), ou seja, dada à comprovação da omissão seguia-se que estava comprovado o estado anímico.

Após Yasmashita, o que importava era a demonstração de que o comandante omissor teve conhecimento (*knew*) ou pode ter tido conhecimento (*had reason to know, should have known etc*) sobre os crimes cometidos. Importava demonstrar o conhecimento definitivo "*actual knowledge*" ou o conhecimento presumido "*constructive knowledge*" sobre os crimes

perpetrados.²⁰⁷ Como dito, até hoje não se sabe exatamente o alcance do *actual knowledge* da responsabilidade de comando perante as categorias da *mens rea* da *common law*.

O desejo de quem redigiu as elementares, na verdade, era que o máximo de comportamento negativo (omissivo) do comandante ficasse abrangido,²⁰⁸ pouco importando o estado anímico, desde que ficasse afastada a responsabilização objetiva, fantasma do caso Yasmashita. Ou seja, se fossemos traduzir isso em termos de direito penal seria algo assim: “ caso não se consiga reunir provas da omissão dolosa do comandante, no mínimo temos que punir por crime culposos o comandante relapso, porque omissão é negligência. Em qualquer hipótese, e isto é o pior, a pena será a do crime praticado pelo subordinado”.

Quer dizer, provada a omissão, pouco importa que o nível de conhecimento do sujeito omitente abrangesse o risco ou o resultado, ou mesmo se foi doloso ou culposos, pois a punição - mesmo diante do ER - ocorreria na mesma pena do crime perpetrado pelo subordinado. Inútil tentar traduzir isso em termos de direito penal, mas o problema é que esse sistema a partir do ER

²⁰⁷ Por exemplo, Ann B. Ching ao tratar dos requisitos da responsabilidade de comando no julgamento de Celebici pelo ICTY apontou o seguinte sobre a condenação de Mucic: “... he did not act to prevent or punish the prison guards atrocities, and he knew that these atrocities were taking place. This last element provides some insight into the tribunal’s theory of how the command responsibility doctrine should operate. The tribunal imputed actual knowledge to Mucic after examining the evidence that torture and beatings were doled out frequently at Celebici, and that the prisoners were constantly in a state of injury. In effect, this decision tells commanders that they may not choose to avoid the obvious or their knowledge will be presumed. This gives some teeth to the “willful blindness” doctrine embodied in Protocol 1”.

Cf. CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapel Hill, nº 25, p. 167- 205, 1999.p. 204.

Andrew D. Mitchel sobre o requisito do conhecimento ou *knowledge*: “ii) *Actual or constructive knowledge* Assuming that command responsibility is a crime of *mens rea* and not one of strict liability, it is necessary to determine the type of knowledge which the superior must have of the subordinate crime. Knowledge in this context could be one of two types. The first is *actual knowledge*- meaning the subjective knowledge that the superior had as matter of fact of the subordinate’s crime. Of course, in practice it would be impossible to prove a commander’s actual knowledge, which would then deprive the provision of its deterrent effects. The second is *constructive knowledge* – meaning knowledge objectively attributed to the superior in relation to the subordinate’s crime. Constructive knowledge may be attributed to superiors who willfully shut their eyes to the obvious, willfully and recklessly fail to make such inquiries as an honest and reasonable person would make, or are aware of circumstances which would reveal to an honest and reasonable person the facts or the need for further inquiry.”

Cf. MITCHEL, Andrew D. Failure to halt, prevent or punish: the doctrine of command responsibility. *The Sydney Law Review*, Sydney, nº 22, p. 381–409, Sep., 2000. p. 406-407.

²⁰⁸ Veja-se, por exemplo, o comentário de Matthew Lippman, sobre o artigo 86 do Protocolo I: “... The central commentary on the Protocol notes that Article 86 (2) is sufficiently elastic to incorporate both a specific intent and a gross negligence standard. A good faith, but deficient judgment, or inadvertence, generally are not subject to sanction; negligence must be sufficiently serious to support a charge of malicious intent. NT Autor: Não se constrói tipificação penal dessa maneira. Um comportamento para ser considerado crime ou é doloso ou é culposos, cada um demandando uma gradação punitiva específica. O comportamento doloso não abrange o culposos, pior ainda o contrário. Também é certo que o sujeito ativo não pode ser punido por estado anímico diverso do que informou o seu comportamento, ou seja, o dolo do tipo é adequado ao crime cometido e não a crime diverso, da mesma maneira, se agiu dolosamente não pode ser punido culposamente e vice-versa.

Cf. LIPPMAN, Matthew. Humanitarian law: the uncertain contours of command responsibility. *Tulsa journal of comparative and international law*, v. 9, p. 1-93, Fall, 2001. p. 53.

deve ingressar no direito dos países que deram adesão ao Tratado e isso terá que ser feito dentro de técnica legislativa penal incompatível com essa fórmula. A tarefa consiste em compatibilizar o tratamento internacional frente aos postulados de direito penal nacional. Os modelos construídos pelos projetos de implementação do ER no direito penal brasileiro e alemão corrigem essa distorção.

Mas para que a responsabilidade de comando tenha tratamento adequado no âmbito interno é necessário que tenha sinalização correta no seu fundamento, que é o tratamento normativo dentro do ER. Com efeito, como exhaustivamente demonstrado, trata-se de crime cuja tipicidade subjetiva jamais alcança o crime praticado pelo subordinado, logo a punição nos mesmos níveis é absolutamente desproporcional. Para se adequar o tratamento penal desse crime ao estado anímico do sujeito ativo não é necessário mudar as elementares, mas simplesmente adequar a pena, pois a interpretação sistemática em confronto com o artigo 30 é o suficiente para se concluir que o comandante na dicção do artigo 28 não presta adesão ao crime praticado. Se isso acontecer deverá responder pelo crime praticado pelo subordinado em participação por omissão, desde é, claro, haja previsão das fórmulas de posição de garante como anteriormente propostas. Na formulação da pena convém dispor sobre fórmula de subsidiariedade expressa para essa última hipótese. A redação poderia ser a seguinte:

Artigo 28

Responsabilidade

Pena: 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Tratando-se de crime motivado por dolo diverso do executor do crime internacional não se justifica pena idêntica pelo só fato de ser superior. O principal fundamento da proporcionalidade da pena reside na adequada punição em vista do estado anímico e não na condição especial do sujeito ativo. Além disso, rigorosamente, o que se pune é a violação específica a um *dever de supervisão* imposto ao comandante e não em face da lesão jurídica referida ao crime praticado pelo subordinado.

2. RESPONSABILIDADE DE COMANDO HOJE, PERANTE O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Enquanto não operadas essas modificações no ER como fica então a interpretação da responsabilidade de comando a partir da perspectiva do nosso sistema legislativo penal, caso não

tenha havido aprovação da implementação e tenha ocorrido alguma hipótese de crime da competência do ER? Essa modalidade delitiva não existe no nosso direito, teríamos que encontrar algo parecido na legislação penal militar e comum. Isso também aconteceria para as demais hipóteses delitivas tratadas como crimes da competência do TPI.

O mais provável é que a incriminação ocorresse por força do resultado, por exemplo, a morte ou a destruição de patrimônio público ou particular, nesse último caso, em crimes de dano, contra a vida a integridade física, o patrimônio ou de perigo comum em relação a esses mesmos bens jurídicos. Quanto à responsabilidade de comando, dificilmente encontraríamos um tipo que se adequasse às elementares do artigo 28, como demonstraremos no próximo item.

A. A responsabilidade de comando no direito penal militar brasileiro

Suponhamos uma hipótese de crime de guerra, tal como previsto no artigo 8º do ER. Nesse caso, a configuração de crime de guerra praticado por militar brasileiro das Forças Armadas ou Auxiliares, em situação de atividade, da reserva, reformado ou civil,²⁰⁹ como também militares estrangeiros²¹⁰, terá sido construída internamente como crime militar,²¹¹ mesmo com a aprovação do projeto de implementação. Logo, a adequação típica vai começar pelo artigo 9º do CPM, ou seja, pela legislação penal militar brasileira, que é extremamente lacunosa em termos de tutela dos bens jurídicos próprios do DIH, no mais das vezes tutelados no CPM de forma indireta, cuja tipificação, por sua vez, atende primordialmente aos interesses das nossas instituições militares.²¹² Por exemplo, o crime de estupro em tempo de guerra é punido em face

²⁰⁹ O civil caracterizado ou não como combatente à luz do DIH, levando em consideração a redação do artigo 9º do CPM.

²¹⁰ Agente do crime militar ou civil estrangeiros, praticando o crime fora do território nacional, a aplicação da lei penal militar, segundo o projeto de implementação, ficou sujeita a condições, ou seja, tratou-se como caso de extraterritorialidade condicionada, regra que não contou com a minha concordância durante as discussões do grupo de trabalho.

²¹¹ É o que está dito no artigo 129 do projeto: **Acréscimo ao Código Penal Militar**

Art. 129. É acrescido o seguinte artigo ao Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar)

“**Art. 10-A.** São também crimes militares, sujeitos à lei brasileira, ainda que cometidos fora do território nacional, os crimes de guerra, qualquer que seja o seu agente, e os crimes de genocídio, contra a humanidade e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, quando praticados por militar ou combatente, nacional, estrangeiro ou apátrida, nas situações descritas no inciso II do artigo 9º.

²¹² Às vezes a lei penal militar contradiz os tratados, ignorando os compromissos assumidos pelo nosso país em matéria de DIH. Tarciso Dal Maso Jardim cita como exemplo a tipificação do crime de evasão de prisioneiro de guerra: “... Feita essa digressão, em retorno ao mencionado parágrafo único do art. 395, do CPM, sobre evasão de prisioneiro, nesse dispositivo se percebe a única menção aos tratados em um tipo específico para época de conflito

dos valores internos da nossa nação, da sociedade, e principalmente porque afeta de forma grave a disciplina militar. Pouco se pensou em termos de posituação de valores consagrados em Tratados de DIH no pertinente. Não existe um único capítulo no CPM sobre a tutela do DIH, embora o país tenha enviado tropas durante a Segunda Guerra Mundial e tenha assinado praticamente todos os tratados pertinentes à limitação do uso da força. Sequer o conceito de conflito armado internacional do direito brasileiro coincide com o tratamento dado nos tratados de DIH, como visto no apêndice.

Mas será que o direito penal militar brasileiro fornece elementos suficientes para a responsabilização penal de comando por falta de controle? Vejamos como esse tema é tratado no CPM.

Claro que se um comandante ordenasse a um subordinado a prática delitativa nenhuma dificuldade teríamos em tipificar o seu comportamento, que estaria abrangido pela codelinquência, artigo 53 do CPM, hipótese em que responderia pelo crime praticado com a agravante da determinação, artigo 53, § 2º, inciso III, do mesmo código. O problema está na omissão. A punição do comandante omissivo em face de subordinados, nos moldes do tipificado como responsabilidade de comando no ER simplesmente não existe no CPM. Falta, primeiro, tipicidade por ausência de um crime omissivo próprio. É bem verdade que podemos encontrar vários tipos penais omissivos próprios ou comissivos, que têm como sujeito ativo o comandante, em face de desempenho inadequado de suas funções, artigos 167, 168, 169, 194, 198 e etc, todos do CPM. Ocorre que nenhum desses tipos penais descreve uma obrigação de agir em face de comportamento inadequado de subordinados. A única incriminação nesse sentido é a condescendência criminosa, que, *mutatis mutandis*, é a hipótese do artigo 28, a), ii, do ER.

E nessa última hipótese existe uma divergência entre o projeto de implementação e o ER, de modo que o CPM quanto a esse crime é mais adequado ao Estatuto do que o projeto, diante da previsão de forma culposa. A condescendência criminosa vem definida no artigo 322 do CPM e no

armado, ou melhor, para a estreita definição brasileira de guerra. Essa menção é contraditória em todos os seus termos. Primeiro, porque afirma que na aplicação do art. 395 serão considerados os tratados aceitos pelo Brasil sobre o tratamento dos prisioneiros de guerra, o que aparentemente significa ignorar tais instrumentos internacionais para as demais condutas. Segundo, o art. 91 da III Convenção de Genebra (doravante GIII), responsável pela disciplina do tratamento de prisioneiros, dispõe que o prisioneiro de guerra que, depois de ter conseguido evadir-se, for novamente capturado, não será punido por sua evasão anterior. Então o art. 395 é em si mesmo contrário ao direito internacional humanitário, principalmente porque pune a evasão bem sucedida, em que o prisioneiro volte a tomar armas contra o Brasil ou Estado aliado, com a pena mínima de 20 anos e máxima de morte". Cf. JARDIM, Tarciso dal Maso. *O Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. 654 p. tomo I. p. 108.

projeto como responsabilidade de comando, crime essencialmente doloso. Embora o nosso projeto siga a descrição típica do ER, nesse Tratado foi definido um crime culposo, na esteira do “*leading case*” no julgamento de Blaskic pelo Tribunal para a ex-Iugoslávia. Aliás, a *mens rea* se contentava com a comprovação de que o comportamento do comandante fosse “no mínimo culposo, fórmula, como temos insistido, inadmissível do ponto de vista do direito penal no sistema continental. Convém que o ER seja modificado também nesta parte para melhor esclarecer a tipicidade subjetiva culposa nesse comportamento. Eis a quinta proposta, cuja pena também segue os parâmetros do projeto aprovado na Alemanha, não tendo sentido que seja a mesma para o crime praticado:

Art. 28

a) ...

i) ...

ii)... ; **se o crime for culposo, pena de 1 (um) a 3 (três) anos.**

No caso brasileiro, a eventual condescendência culposa do comandante em face de crime de guerra não restaria impune, ante a previsão em tipo específico no CPM. Mas seria hipótese de crime militar em tempo de paz ou de guerra. Não poderia ser tratado como crime de guerra, a despeito do artigo 15 do Projeto, porquanto, do contrário, seria um caso de integração analógica, ofensa inadmissível ao princípio da legalidade.

Voltemos à hipótese de falta de controle da tropa. Inexistente o dever de agir no sentido de controle e prevenção de crimes dentro de omissão própria poderíamos cogitar do dever de impedir o resultado, em comissão por omissão, através da presença de uma obrigação de controle que se encaixaria na norma de extensão que define as situações de posição de garante. Mas a nosso sentir isso também não ocorre. É que no direito penal militar brasileiro em tempo de paz ou de guerra não existe norma definindo de forma clara a obrigação do comandante de impedir resultados, consistente no controle da tropa, nem no CPM ou em qualquer outra lei.

O CPM, quando trata da omissão imprópria no artigo 29, § 2º, define as seguintes situações de posição de garante: o dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e a quem, com o seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência. São as mesmas estabelecidas no artigo 13, § 2º, do CPB.

A fonte natural da obrigação do comandante em impedir o resultado consistente na prática de crime perpetrado pelo subordinado é a *lei*, primeira hipótese, portanto. Lei aqui deve

ser entendida em sentido formal, não bastando o simples dever jurídico, até porque se trata de norma de extensão da incriminação. Observe-se que a definição de posição de garante é fonte também de incriminação, que, por sua vez, só pode ser construída no nosso sistema através de lei em sentido formal, atendendo ao princípio da reserva legal absoluta de lei em matéria penal, vedada a analogia. Esse dever legal não consta do CPM²¹³. O superior é quem dirige e, teoricamente, controla a atividade de inferior. Mas isto não está dito de forma clara na legislação penal militar nos artigos 23 e 24:

Equiparação a comandante

Art. 23 Equipara-se ao comandante, para o efeito da aplicação da lei penal militar, toda autoridade com função de direção.

Art. 24. O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar.

Quem dirige não necessariamente controla dentro da perspectiva penal. Como a lei fez distinção referindo-se apenas à atividade diretiva, a boa técnica interpretativa leciona que se deve também distinguir, ainda mais em se tratando de incriminação, que admite interpretação extensiva só em raríssimos casos, como na *interpretação* analógica.

Se esse dever não está na lei penal militar poderia estar definido em outra lei em sentido formal e validamente se constituir em fonte da posição de garante, como acontece, por exemplo, com os deveres advindos do pátrio-poder encontrados no Código Civil, que servem de fonte como norma penal em branco em sentido amplo em alguns crimes. No caso dos militares a relação de subordinação hierárquica está definida no Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe o artigo 34:

Seção III

Do comando e da subordinação

Art. 34. Comando é a soma de autoridade, deveres e responsabilidades de que o militar é investido quando conduz homens ou dirige uma organização militar. O comando é

²¹³ Essa é uma dificuldade que também parecer ocorrer no direito penal alemão. Stratenwerth ao tratar dos deveres de vigilância, que decorrem do mais importante dever de impedir o resultado, aquele que resulta da lei, coloca em dúvida o seu alcance frente a terceiros no direito penal militar: "En tercero lugar, entran en consideración los *deberes de vigilância* legales, en tanto están dirigidos, precisamente, a evitar peligros de terceros. Esto rige para el deber de vigilância de los padres (...), en la medida, naturalmente, em que el niño no no haya alcanzado todavia plena responsabilidad y constituya, por tanto, uma "fuente de peligros"especial. (En tanto y em cuanto el deber de vigilância se dirija solamente al bien del *vigilado*, *faltar*á la relación de garante con el bien jurídico afectado del tercero). En forma similar se equipara en el § 357 la lesión del deber de vigilância de um funcionário que ocupe la función de jefe con la participación activa em el delito de uns subordinado. Por outra parte, es problemático saber si también el deber de vigilância de um jefe militar se dirige a la proteccion de terceros; el § 41 del Código Penal Militar (...) no habla de ello (em contra Herzberg, 321; Jescheck, 475) (op. cit. p. 294).. Cf. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: el hecho punible*. Madrid: Edersa, 1982. 362 p. p. 294.

vinculado ao grau hierárquico e constitui uma prerrogativa impessoal, em cujo exercício o militar se define.

Parágrafo único. Aplica-se à direção e à chefia de organização militar, no que couber, o estabelecido para o comando.

Por incrível que pareça, também nessa lei não encontramos nada específico com relação ao controle da tropa. Não consta esse mister como dever nessa lei. De forma clara somente será possível encontrar a função de controle da ação de subordinados em nível regimental, por exemplo, no Regulamento Interno de Serviços Gerais do Exército Brasileiro:

Seção I

Do comandante

Art. 20. O comando é função do grau hierárquico, da qualificação e das habilitações, constituindo uma prerrogativa impessoal com atribuições e deveres.

Art. 21. Os dispositivos deste **Regulamento**, relativos ao Cmt U, aplicam-se, também, ao Ch ou ao Dir.

Art. 22. O Cmt U exerce sua ação de comando em todos os setores da unidade, usando-a com a iniciativa necessária e sob sua inteira responsabilidade.

Parágrafo único. A ação de comando de que trata o **caput** deste artigo é caracterizada, principalmente, pelos atos de planejar, orientar, coordenar, acompanhar, controlar, fiscalizar e apurar responsabilidades.

Que conclusões podemos tirar? Vejamos primeiro perante a hipótese de qualquer crime militar, por exemplo, agora um capitão que saiba que um tenente em uma operação cometerá crimes de lesão corporal, dê assentimento a esse comportamento e não intervenha para evitar que isso aconteça. Caso se entenda que "lei" está no sentido de dever jurídico, o que nos parece inaceitável, o dispositivo regulamentar acima pode ser fonte da posição de garante na primeira hipótese. Resulta disso que se o comandante se omitiu com dolo de dano, dando assentimento ao crime perpetrado, facilmente poderia ser enquadrado na codelinquência (participação por omissão) respondendo pelos crimes perpetrados pelo tenente. Mas caso se entenda que apenas a lei em sentido formal é fonte de construção da posição de garante acima, o seu comportamento restará impune ainda que tenha se omitido dolosamente, movido por dolo de dano. A imputação no crime doloso não será possível, pois faltará a causalidade normativa da omissão imprópria. A primeira tese é muito pouco defensável na medida em que implica em alguém ser responsabilizado por comportamento de terceiros sem que tal obrigação decorra de comando legal, em contrariedade ao princípio da legalidade geral, artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Primeira providência a ser tomada perante a legislação penal militar é deixar claro que a

função de superior envolve também a de controle do comportamento de subordinados. Sexta sugestão:

Equiparação a comandante

Art. 23 Equipara-se ao comandante, para o efeito da aplicação da lei penal militar, toda autoridade com função de direção **e controle**.

Art. 24. O militar que, em virtude da função, exerce autoridade **e controle** sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar.

Temos visto situações de comandantes que foram responsabilizados por crimes praticados por subordinados na forma de codelinquência, na forma de participação por omissão, de discutível enquadramento diante da falta denexo causal normativo, além do duvidoso liame subjetivo.

A posição de garante do comandante só aparece com tranqüilidade com a atual redação legal nas situações de assunção voluntária de custódia ou ingerência (artigo 13, § 2º, "b", do CPB e artigo 59, § 2º, segunda parte, do CPM), situações em que ele, por exemplo, de perto, acompanha a execução de missões. Estando presente no local onde está sendo executada a missão ou acompanhando por outros meios, com aconteceu no caso My Lai com o Capitão Medina, a sua omissão gera *de fato*, risco daí surgindo o dever de impedir o resultado nessa duas modalidades de posição de garante, seja porque assumiu de outra forma o dever de impedir o resultado – assunção voluntária de custódia- seja porque a sua omissão está incrementando o risco da eclosão do crime por parte do subordinado, hipótese de ingerência. Nesse sentido, a definição de posição de garante resulta muito mais da situação de fato do que da definição jurídica, embora sem essa aquela não tenha nenhuma importância. Por exemplo, um salva-vidas bombeiro militar tem obrigação jurídica de prestar socorro por força de dever legal, mas se faltou em determinado dia onde a sua presença era imprescindível, a sua ausência não restará vinculada ao fatal afogamento de um banhista no local onde trabalhava. Quando muito, pode caracterizar, residualmente, crime contra o dever militar.

Vamos traçar um exemplo em que ficará bem demonstrada a lacuna entre o ER e o CPM. Vamos supor que alguma força militar estrangeira queira invadir o território nacional e haja emprego das FFAA brasileiras em resposta à invasão. Conforme se depreende do artigo 8º, 2, a), estaremos diante de uma hipótese de conflito armado internacional, pouco importa que o conflito esteja submetido ou não a uma declaração formal de guerra como exige a nossa CF. A violação grave dos preceitos do DICA, condensados no ER no artigo 8º, implicam na prática de

crime de guerra.²¹⁴ Imaginemos que alguns militares brasileiros integrantes de um pelotão resolvam matar prisioneiros de guerra, o que constitui, em princípio, crime de guerra, à luz do citado artigo 8º, a), vii), do ER. Nesse caso, o comandante da Companhia não soube que os seus comandados cometeriam esses crimes, porém, através de informação de inteligência e pelo histórico do Tenente comandante de pelotão que faria o transporte dos prisioneiros, *deveria saber*, sobretudo pela folha de alterações do citado oficial, tido como militar violento. Não acompanhou de perto o transporte dos prisioneiros e assim o nosso tenente ficou livre para desencadear a morte dos prisioneiros de guerra.

O tenente está sendo processado perante o Conselho Especial de Justiça para o Exército da Auditoria Militar competente, pela prática do crime do artigo 205 do CPM em concurso material, artigo 79 do CPM. Considerando-se que o comportamento do capitão foi culposos, a falta de controle na dicção do artigo 28 do ER simplesmente não existe no CPM. O que poderia ser imputado em seu desfavor seria o resultado, porém, a título de culpa, isto é, homicídio culposos qualificados pela multiplicidade de vítimas, artigo 206, § 2º, do CPM. E só responderia por esse crime porque tem o seu comportamento negativo vinculado pela assunção voluntária de custódia, na medida em que foi informado da possibilidade de cometimento de crimes por parte do Tenente e caso presentes os demais requisitos do crime culposos, tais como relação a norma de cuidado, previsibilidade objetiva e subjetiva e etc. Caso o exemplo fosse no sentido de que não tinha essa informação, mas negligenciou o controle, nada poderia ser-lhe imputado, porque não existe posição de garante nesse caso por força de lei, como demonstrado, nem tipo penal nos moldes do artigo 28 do ER.

Diante desse exemplo, faz-se necessário construir um crime omissivo próprio culposos de má condução de controle da tropa. Talvez uma alteração do artigo 198 do CPM, ou seja, um crime que tem por pressuposto uma violação de um dever militar imposto ao comandante, não tendo, portanto, como fundamento a tutela do bem jurídico violado no crime praticado pelo subordinado. A configuração do tipo estaria vinculada à prática de infração criminal pelo subordinado, devendo haver nexo de causalidade entre a omissão e a prática delitiva. Tratando-se de omissão culposa a infração penal praticada pelo subordinado até poderia ser um crime internacional.

²¹⁴ A conceituação de crimes de guerra e de conflito armado está no apêndice deste trabalho.

Nos Códigos Penais Militares da Espanha, Itália e Alemanha existem tipos semelhantes contra o dever militar. Nos dois primeiros a tipicidade subjetiva é informada pelo dolo e no último pode também ser culposa. Entendemos que a forma dolosa deve ficar circunscrita às hipóteses os crimes da competência do ER. Para as demais infrações penais da legislação penal brasileira isso não seria adequado, primeiro em atenção à extrema gravidade dos crimes internacionais, cuja forma dolosa de perigo é a adequada à responsabilidade de comando como temos insinuado. Além disso, o resultado culposo consistente na prática da infração criminal pelo subordinado pode ser precedido de ação consciente de risco por parte do comandante no sentido de que a falta de controle pode implicar na prática de crime por parte do subordinado.

Seguindo-se as observações sobre omissão imprópria, se o comandante se omite com dolo de dano justamente para que crimes sejam praticados pelo subordinado é codelinqüente em relação a eles:²¹⁵ Sétima sugestão

Omissão de eficiência da força

§ 1º Na mesma pena incorre o comandante que, culposamente, não controlar a execução de missões de subordinados que no desenrolar das ditas missões tenham se envolvido ou praticado infrações penais.

É interessante notar que a adoção do ER pode funcionar, nesse aspecto, como fonte de inspiração para a adequação da nossa legislação penal para as hipóteses de falta de controle da tropa. E a experiência recente tem demonstrado situações graves de ausência de controle adequado, de consequências muitas vezes até mais danosas do que situações de crimes de guerra,

²¹⁵CPM Espanhol. Art. 137: El militar que con mando de fuerza o unidad militar, Comandante del buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energia necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de três meses y um dia a cuatro anos de prisión; CPM Italiano: Art. 138. **Omesso impedimento di reati militari-** Ferma in ogni altra caso la disposizione del secondo comma dell'articolo 40 del codice penale, Il militare, Che, per timore de um pericolo o altro inescusable motivo, non usa ogni mezzo possibile per impedire la esecuzione di alcuno dei reati contro la fedeltà o la difesa militares(...), o di rivolta (...) o di ammutinamento (...), Che si commette in su presenza, é punito: 1º con la reclusione non inferiore a dieci anni, se per Il reato é stabilita la pena di morte.... 2º negli altri casi, con la pena stabilita per Il reato, diminuita dalla metà a due terzi..." na edição citada do CPM Espanhol é possível ver a tradução de disposição semelhante no CPM Alemão, que pode não estar mais em vigor diante da possível aprovação do CP Internacional Alemão:

art. 41: El que omite vigilar hacer vigilar debidamente a sus inferiores y con ello ocasiona, al menos por imprudência, una consecuencia grave, será castigado con la pena de hasta três anos de prisión. La tentativa es punible. El que infringa por negligencia su deber de vigilância y con ello ocasiona, al menos imprudentemente, una consecuencia grave, será castigado con la pena de hasta seis meses de prisión. Los párrafos anteriores será aplicables cuando el hecho este castigado em outro precepto con pena más grave.

Cf. MAZZI, Giuseppe; BRUNELLI, David. *Codici penale militari e norme complementary*. 2. ed. Milnao: Giuffrè, 1992. p. 69.

Cf. OLMO, Pedro Hernández del. *Código Penal Militar*. Pamplona: Aranzadi, 1989. p. 221-222.

em que comandantes já foram condenados nos tribunais internacionais instituídos para o caso. Pense-se, por exemplo, no massacre do Carandiru e outras situações conhecidas.

Seria interessante que se fizesse previsão na parte geral do CPB e do CPM sobre a possibilidade de exacerbação da pena em face de culpa consciente e culpa grave, nesse último caso não apenas quanto ao resultado, mas também em face do grave desrespeito à norma de cuidado. O estudo da responsabilidade de comando mostrou que nada justifica a grande discrepância entre o tratamento punitivo dos crimes dolosos e culposos como temos no nosso direito penal. O que nós chamamos de culpa consciente é visto nos países da *common law* como um comportamento extremamente grave, punido de forma quase idêntica aos crimes dolosos. No sistema legislativo pátrio a culpa consciente é equiparada à inconsciente e a extensão do resultado influi muito pouco na resposta penal. Em crimes de trânsito, dada a nossa deficiência legislativa, tem sido comum a consideração de comportamentos culposos como crimes dolosos (dolo eventual) em afronta escancarada ao princípio da legalidade. Talvez o tratamento da *mens rea* no direito anglo-americano possa inspirar uma urgente reforma da nossa legislação penal quanto à tipicidade subjetiva. Mas isto fica para outra oportunidade

3. RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO PROJETO DE IMPLEMENTAÇÃO

A Comissão que redigiu o projeto de implementação, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, objetivando ser o mais fiel possível ao conteúdo do Tratado, optou por repetir a redação do ER. Inovou, porém, ao criar, no artigo 7º, inciso I, uma norma caracterizando a posição de garante de quem, em razão de especial condição, podia e devia impedir o resultado, aí abrangendo o comandante:

Art. 7º. Sem prejuízo de outros fatores determinantes de responsabilidade penal, responde ainda pelos crimes previstos nesta lei:

I. quem, por força de ofício, cargo ou função, oficial ou não, devia e podia evitar sua prática e omitiu-se deliberadamente quando lhe era possível impedi-lo ou fazê-lo cessar a tempo de evitar a ameaça ou o dano.

II. o comandante militar ou a pessoa que atue efetivamente como comandante militar, pelo crime cometido por agente sob o seu comando e controle efetivo, ou sob sua autoridade e controle efetivo, dependendo do caso, por não ter exercido apropriadamente o controle sobre esse agente, quando:

a) sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que os agentes estavam cometendo ou pretendiam cometer tal crime; e

b) não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.

Com isso, supre-se, em parte, a lacuna referente à omissão imprópria, a nosso sentir, do ponto de vista da tipicidade objetiva e subjetiva. No primeiro aspecto, porque criou a Comissão uma cláusula de posição de garante, que alcança todos aqueles que em uma dada situação concreta, por força de condição – relação do agente com o mundo exterior – dever jurídico, portanto, estivessem na obrigação de impedir o resultado desencadeado ou não por comportamento criminoso de outro. *A fórmula inclui também o comandante.*

A vinculação ao resultado, no nosso entendimento, vai muito além da também condição de superior hierárquico.²¹⁶ Ficam assim abrangidas as situações como a do médico civil que deixou de atender os prisioneiros de guerra.

No plano da tipicidade subjetiva, refere-se exclusivamente a comportamento doloso, pois a omissão só é punível se o agente “deliberadamente” preferiu não agir. Nesse ponto a nossa redação supera o § 4 do Código Penal internacional alemão. É que a tipicidade subjetiva do ER é eminentemente dolosa.

Com a fórmula proposta, o comandante ou qualquer outra pessoa com dever jurídico de impedir o resultado, que ao se omitir tenha dado adesão ao resultado, corretamente será punido na mesma pena do subordinado ou de qualquer outro agente, desde que tenha o comportamento adequado aos crimes da competência do TPI. Só nessa hipótese se justifica a punição idêntica ao executor do crime de guerra, pois haverá codelinquência em participação por omissão. *No plano internacional*, introduzida a posição de garante o comandante que se omitir com dolo de dano não responderá perante o ER pelo artigo 28 e sim pelo artigo 25 combinado com o crime praticado pelo subordinado.

A omissão imprópria não foi plenamente introduzida no projeto de implementação, ou seja, não se inseriu todas as hipóteses de posição de garante da nossa legislação penal. O ER, como dito, simplesmente não tratou dos casos de omissão imprópria, portanto, não são hipóteses de crimes de guerra ou qualquer outro de sua competência, pelas razões já apontadas. As hipóteses de comissão por omissão que não possam ser abarcadas pela fórmula acima podem, residualmente, configurar crime militar em tempo de paz ou *em tempo* de guerra no CPM ou crime comum, mas nunca crime de guerra na dicção do DIPen. Para que haja a ampliação das situações de posição de garante a importar em crime abarcado pelo projeto de implementação é

²¹⁶ Melhor que essa cláusula estivesse fora dos dispositivos da responsabilidade de comando, mas é que o artigo 25 do ER não se refere à omissão, dando a entender, por força de interpretação sistemática, que a única hipótese é a da responsabilidade de comando. O projeto para manter-se fiel ao ER introduziu essa cláusula na responsabilidade de comando.

preciso que o ER seja modificado nesse ponto e sinalize claramente para essa necessidade. A lei de implementação será a mais grave das leis penais internas no nosso país, mais até que a lei de crimes hediondos, e é necessária fundamentação segura para se justificar tratamento tão gravoso, sob pena de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Alguns integrantes da Comissão, em artigo publicado, sustentaram que poderiam os artigos 13, § 2º, do CPB e 29, § 2º, do CPM ser aplicados por força do artigo 15 do projeto, que determina a aplicação subsidiária da legislação penal comum e militar. Para esse caso tenho dúvida. A aplicação subsidiária não pode ser admitida quando implicar incriminação, por força de limitação imposta pelo princípio da legalidade presente com ênfase no ER no artigo 23. Seria um típico caso de integração analógica,²¹⁷ valendo lembrar que não se trata de simples complementação, pois o que existe é uma opção do Tratado em não punir a omissão, a não ser no caso de responsabilidade de comando e outras hipóteses raras.

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS CÓDIGOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

Art. 13. Aplicam-se subsidiariamente aos crimes previstos nesta Lei o Código Penal e o Código de Processo Penal, quando processados e julgados pela Justiça Federal, e o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, quando processados e julgados pela Justiça Militar da União.

Na dicção da solução brasileira, por ter permanecido o mais fiel possível ao ER e em atenção às tradições do nosso direito, o tipo omissivo próprio de garante referente à responsabilidade de comando ficou restrito à hipótese em que o “sabia” ou “deveria saber” refere-se a dolo direto ou eventual. Como *dolo de perigo*, solução que apregoamos. Jamais pode ser crime culposo, com culpa consciente e inconsciente, respectivamente. Os crimes no nosso sistema são naturalmente dolosos, além de que em hipótese alguma a fórmula “sabe” pode ser entendida como culpa. Na próxima reunião de revisão do ER, como prevê o art. 123, deve-se atentar para a necessidade de se estabelecer uma punição adequada e desvinculada do crime praticado pelo subordinado, como defendemos no item anterior.

Mas a responsabilidade de comando, caso venha a ser um dia aplicada, após a aprovação do projeto de implementação, terá como ponto de partida o direito penal nacional. O intérprete

²¹⁷ “6. Com relação à punição da *omissão* além do crime omisivo próprio, que depende do tipo penal estabelecido pelo legislador, há também previsão de punição para os crimes comissivos por omissão, nos casos em que o agente estava na posição de garantidor da inocorrência do resultado. (...). Este regramento aplica-se subsidiariamente ao Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, sempre nos termos do disposto no artigo 13.” Cf. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Eds). *Persecución penal nacional de crimines internacionales em América Latina y Espana*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2003, 119- 161 p. p. 141-142.

não vai aplicar o ER e sim uma lei penal nacional construída a partir desse Tratado, porém voltada para o nosso direito penal. Importa agora ver como o intérprete se conduziria.

Voltemos à hipótese da invasão, em que alguns militares brasileiros, integrantes de um pelotão, resolveram matar prisioneiros de guerra, o que constitui, em princípio, crime de guerra, à luz do citado artigo 8º, a), vii), do ER. O comandante da Companhia não soube que os seus comandados cometeriam esses crimes, porém, através de informação de inteligência e pelo histórico do tenente comandante de pelotão que faria o transporte dos prisioneiros, *deveria saber*, sobretudo pela folha de alterações do citado oficial, tido como militar violento. Não acompanhou de perto o transporte dos prisioneiros e assim o nosso tenente ficou livre para desencadear a morte dos prisioneiros de guerra.

Aprovado o projeto de implementação do ER o tenente estaria sendo processado perante o Conselho Especial de Justiça para o Exército da Auditoria Militar competente, pela prática do crime do artigo 45 em concurso material, artigo 79 do CPM. Considerando-se que o comportamento do capitão de forma alguma prestou assentimento ao resultado, a falta de controle na dicção do artigo 28 do ER, informada pelo dolo eventual de perigo, encontraria adequação típica no artigo 7º, inciso II. A forma culposa é atípica.

Caso soubesse que crimes seriam cometidos, porém deixasse de exercer o controle com assentimento aos crimes perpetrados, seria codelinquente em relação aos subordinados, por força do artigo 7º inciso I c/c o artigo 53 do CPM e o crime praticado. As duas situações são diversas e devem importar em resposta penal diferenciada, que hoje só pode acontecer no momento da aplicação da pena.

Perante o TPI, caso o capitão tivesse se omitido prestando assentimento ao crime praticado pelo pelotão o seu comportamento encontraria enquadramento também na responsabilidade de comando. A resposta penal a um crime de perigo seria a mesma para um crime de dano, o que é inaceitável no nosso direito penal, ainda mais em sede de crimes da mais alta gravidade. A diferenciação de resposta penal só poderia ocorrer na aplicação da pena, ampliando demasiadamente o arbítrio judicial.

4. CONCLUSÕES

O presente trabalho, seguindo os passos do tratamento do ER sobre responsabilidade de comando, visou abordar esse tema dentro da perspectiva de um crime omissivo próprio de

garante, com especial ênfase nos ensinamentos da doutrina penal. É fundamental fixar-se a idéia de que se trata de um crime omissivo próprio de garante, cujo pressuposto é uma violação específica do dever de agir imposto ao comandante. Na verdade, é um crime contra a disciplina militar e não contra os valores tutelados pelo DICA, protegidos nesse crime apenas de forma indireta.

Visto dessa maneira, temos delito cuja natureza jurídica é adequada à doutrina penal nacional, considerando que não é possível falar nesse caso de codelinquência, como sustentado inicialmente pela doutrina internacional penal, sobretudo diante das modificações introduzidas no tema pelo ER, ao estabelecer em norma própria as situações de punição da associação eventual e ter optado expressamente pela punição dolosa no artigo 30 para os crimes dos artigos 6º, 7º, e 8º.

O estado anímico do comandante é diverso e *menos grave* que o do executor desses crimes. Essa é outra razão pela qual não pode ter o seu comportamento vinculado ao crime desencadeado pelo subordinado por ausência de liame subjetivo. Ao mesmo tempo, é desproporcional a pena na mesma medida, diante da diversidade de estado anímico, mesmo que se entenda existir identidade de tutela jurídica entre o crime de responsabilidade de comando e o crime internacional cometido pelo subordinado. Somente quando existe liame subjetivo pode ser considerado partícipe do crime executado, situação em que inequivocamente viola a mesma tutela jurídica do crime praticado e se justifica a punição idêntica.

Outro erro do legislador internacional foi não ter disciplinado a posição de garante do comandante fora da hipótese de responsabilidade de comando, como também de outras situações em face de especial condição do sujeito ativo (função, cargo, ofício etc). A punição do comandante partícipe por omissão ou de qualquer outra pessoa nessas condições necessita de definição prévia de posição de garante.

Como temos enfatizado, a implementação é caminho de mão dupla porque o DIPen deseja se internalizar, ganhar eficácia perante os direitos penais nacionais. Não pode ser mais um sistema arbitrário de punição. Suas incompatibilidades com o direito penal liberal eram tantas que não temos dúvida em reafirmar que antes do ER o que tínhamos era direito internacional público repressivo.

E não se diga que a sua construção normativa, com pouca adequação ao direito penal continental, se justificava porque era fundamentado na *common law*. Isso não é verdade, o direito penal anglo-americano não pode ser considerado fonte inspiradora de responsabilização penal

objetiva para crimes de sangue; tratamento em codelinquência entre crime comissivo e omissivo, sem definição clara de posição de garante e com falta de liame subjetivo entre os protagonistas; tipo penal excessivamente aberto e outras incompatibilidades.

O que ocorreu, na verdade, foi a importação de conceitos do direito penal mais próximo dos que escreveram esses tratados de DIPen e redigiram os Estatutos das Cortes Internacionais, ou seja, o direito da *common law*, mas os seus princípios são na essência os mesmos do sistema continental e, de forma alguma, legitimam o voluntarismo em matéria penal. Aliás, possivelmente, é um direito penal ainda mais sólido, posto que fundado em interpretações seculares. O tratamento da tipicidade subjetiva no pertinente à responsabilidade de comando revelou-se pouco ajustado à jurisprudência e ao direito legislado da *common law*, a confirmar o argumento da mais abalizada doutrina de que o que aconteceu efetivamente foi a importação de conceitos sem um debate mais aprofundado sobre o alcance de alguns institutos, deixando também claro que o que importava era muito mais a punição exemplar, uma resposta política adequada.

O mesmo tratamento punitivo da tipicidade subjetiva dolosa e culposa é prova clara disso. O que importava era alcançar o máximo possível de comportamento voluntário, doloso ou culposo, no mesmo tipo incriminador, mas não como formas isoladas de comportamento e sim que um mesmo comportamento, não se provando o dolo, poderia ser visto sob o ângulo da culpa, desde que provada a omissão. Isso é inaceitável em termos de direito penal, pois a responsabilização penal por crime doloso é diversa do crime culposo e não a abrange.

Outra incompatibilidade inaceitável é que a responsabilidade de comando, vista como crime omissivo, o comportamento negativo do comandante que a fundamenta é apenas um dado do tipo objetivo e sozinho não é suficiente para caracterizar a tipicidade.

A implementação da responsabilidade de comando, no entanto, deve também importar em modificação no nosso direito penal militar para melhor abarcar situações de lacuna na nossa legislação que ficaram bem claras diante da adoção do ER. São temas que nunca nos trouxeram preocupação maior, sem contar que a adoção desse Tratado conduz-nos a agora a integrar no nosso direito os compromissos internacionais de DIH que sem qualquer justificativa plausível nunca internalizamos.

Essa tarefa pode ir muito além, portanto, da sua proposta original e abarcar situações que não são de crimes internacionais, em que a negligência do comandante ou conduzia à absolvição

ou condenação em codelinquência, com total afronta ao princípio da legalidade. São situações de gravidade próxima aos crimes internacionais. É certo também que o próprio ER também deve passar por modificações e se adequar inteiramente ao direito penal. A partir do momento em que ingressar nos direitos nacionais virá na forma de direito penal.

A construção da responsabilidade de comando no ER muito se aproximou do direito penal liberal pela disposição em tipo específico, fora das hipóteses de codelinquência, ao mesmo tempo em que o ER dispôs sobre a tipicidade subjetiva em norma própria. O TPI possui todos os instrumentos necessários para interpretar os tipos penais de sua competência, incluindo-se a responsabilidade de comando, à luz do direito penal moderno, e, para tanto, é mais importante voltar-se para jurisprudência dos tribunais nacionais e para o direito penal consolidado das nações. Por outro lado, o TPI pode funcionar como ponto de encontro entre os dois sistemas de direito mais importantes do mundo em matéria de direito penal. As sugestões que ousamos fazer nesse trabalho são apenas para fortalecer essa ideia.

5. SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO CPM E NO ER

No Estatuto de Roma:

Associação para a prática de crimes:

Art. X- Associarem-se duas ou mais pessoas, para o fim de cometer os crimes definidos nesse Estatuto.

Pena- reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

Criação de hipótese de posição de garante no ER:

Artigo 25

Responsabilidade Criminal Individual.

2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha, pelos Tratados Internacionais, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; dever de controle sobre comportamento de demais pessoas, por força de lei, cargo, ofício, função ou profissão desempenhados; de outra forma,

assumiu a responsabilidade de impedir o resultado ou com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Adequação da pena à hipótese de crime de perigo, doloso, omissivo de garante:

Art. 28

Pena: 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Condescendência criminosa culposa:

Art. 28

b) ...

i) ...

ii)... ; **se o crime for culposos, pena de 1 (um) a 3 (três) anos.**

Na legislação penal militar:

Associação para a prática de crimes:

Art. X- Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de cometer crimes.

Pena - reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. Aplica-se a pena em dobro se a associação objetiva o cometimento dos crimes de agressão, contra a humanidade e de guerra, assim definidos em lei.

Definição da condição de superior no CPM com a especificação do dever de controle, como fonte da posição de garante:

Equiparação a comandante

Art. 23. Equipara-se ao comandante, para o efeito da aplicação da lei penal militar, toda autoridade com função de direção e controle.

Art. 24. O militar que, em virtude da função, exerce autoridade e controle sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar.

Criação do tipo omissivo próprio culposos de omissão de eficiência de força

Art. 198 do CPM Omissão de eficiência da força

§ 1º. Na mesma pena incorre o comandante que, culposamente, não controlar a execução de missões de subordinados que no desenrolar das ditas missões tenham se envolvido ou praticado infrações penais.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. A construção de uma parte geral do Direito Penal Internacional. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005a. p. 1-31.

_____. Article 25: individual criminal responsibility. In: TRIFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observer's, notes, article by article*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. p. 475-492.

_____. Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder. *Revista do IBCCRim*, Bogotá, nº 37, p 43–72, 2005b.

_____. Joint criminal enterprise and command responsibility. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 25, p. 1-28, 2007.

_____. Os princípios gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 31-61.

_____. Remarks on the general part of International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, n. 4, p. 660-673, 2006.

_____. Superior Responsibility. In: CASSESE et al. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford University Press: New York, 2002,

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo (Orgs.). *O Direito penal no estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lunen Juris, 2005. p. 154, 159-220.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Eds). *Persecución penal nacional de crimines intencionales em América Latina y Espana*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2003, 119- 161 p.

ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale: la struttura oggettiva*. 2. ed. Milano: Giuffré, 1994. 424 p.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *Direito Internacional Penal: delicta juris gentium*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 154 p.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999. 336 p.

ARNOLD, Roberta. Command responsibility: a case study of alleged violations of the laws of war at Kham Detention Centre. *Journal of Conflict and Security Law*, v. 7, nº 2, p. 191-231, 2002.

_____. The development of the notion of war crimes in non-international conflicts through the jurisprudence of the UN ad hoc tribunals. *Humanitäres Völkerrecht*, n. 3, p. 134-142, 2002.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor. *Contributo para a interpretação do artigo 219 do Código Penal: o crime de omissão de auxílio*. Coimbra: Coimbra, 1994. 146 p.

BADAR, Mohamed. The mental element in the Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary from a comparative Criminal Law perspective. *Criminal Law Forum*, v. 9, n. 3, p. 473-518, Dec. 2008.

BANTEKAS, Lias. *Principles of direct and superior responsibility in International Humanitarian Law*. Manchester, UK: Manchester University Press, 2002. 162 p.

_____. The Contemporary Law of Superior Responsibility. *The American Journal of International Law*, v. 93, n. 3, p. 573-595, Jul., 1999. p. 587.

BASSIOUNI, Cherif. *International Criminal Law*. 2. ed. New York: Transnational, 1999.

_____. *Crimes against humanity in International Criminal Law*. The Netherlands: Kluwer Academic Press, 1994. 820 p.

_____. *The perennial conflict between international criminal justice and realpolitik*. Georgia: Georgia State College of Law, 2006. p. 9-10. Disponível em: <http://law.gsu.edu/Miller_Lecture/2006/MillerLecture-S06-BassiouniDraft.pdf> Acesso em: 27 maio 2009.

BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal: conceptos fundamentales y sistema: introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1981. 276 p.

BAZELAIRE, Jean-Paul. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. São Paulo: Manole, 2004. 260 p.

BIERREMBACH, Sheila de Albuquerque. *Crimes omissivos impróprios*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 151 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 707 p. v. 1.

_____. *Tratado de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 754 p. v. 1.

BOAS, Gideon; SCHALABAS, William Schabas (eds.). *International Criminal Law developments in the case Law of the ICTY*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2003. p. 243.

BONAFÉ, Beatrice I. Finding a proper role for command responsibility. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 5, n. 3, p. 599–618, 2007.

BRITO, Teresa Quintela de. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão: um problema de delimitação da conduta*. Coimbra: Coimbra, 2000. 385 p.

BRIEN, Edward J. O'. The Nuremberg principles, command responsibility, and defense of Captain Rockwoo. *Military Law Review*, v. 149, n. 4, p. 275–291, 1995.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 358 p.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. 472 p.

_____. The proper limits of individual responsibility under the doctrine of joint criminal enterprise. *Journal of International Criminal Justice*, n. 5, p. 109–133, 2007.

CHAMBLISS, William J.; COURTLESS, Thomas. *Criminal Law, criminology, and criminal justice*. Belmont, California, USA: Books/Cole, 1991. 290 p.

CHING, Ann B. Evolution of the command responsibility doctrine in light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International and Commercial Regulation*, Chapel Hill, n. 25, p. 167- 205, 1999.

CHURCHIL, Winston S. *Memórias da Segunda Guerra Mundial*, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005. 534 p. v. 1.

CLARK, Roger S. Drafting a general part to a Penal Code: some thoughts inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings. *Criminal Law Forum*, v. 19, n. 3-4, p. 519-552, Dec. 2008.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 923 p.

CRONA, Spencer J.; RICHARDSON Neal A. Justice for war criminals of invisible armies: a new legal and military approach to terrorism. *Okla. U. L. Rev.*, n. 21, Summer/Fall, 1996, p. 367-371.

CRYER, Robert. General principles of liability in International Criminal Law. In: MCGOLDRICK, Dominic. *The permanent International Criminal Court*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

_____. *Prosecuting international crimes: selectivity and the international criminal law regime*. Cambridge: Cambridge University, 2005. 360 p.

DAMASK, Mirjan. The shadow side of command responsibility. *American Journal of Comparative Law*, n. 49, p. 455- 496, 2001.

DANNER, Allison Marston; MARTINEZ, Jenny S. Guilty associations: joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of International Criminal Law. *California Law Review*, v. 93, n. 75, p. 75-170, 2005.

ECKHARDT, William George. My Lai: an American tragedy. Disponível em: <http://religion.rutgers.edu/courses/347/readings/my_lai.html> Acesso em: 15 mar. 2009.

ESER, Albin. Responsabilidade penal individual. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31-61.

EVANS, Malcolm. Decisions of international tribunals. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, abr. 2001, p 447 – 465.

FENRICK, William J. Responsibility of commanders and other superiors. In: TRIFFTERER, Otto (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Munich: Baden-Baden, 1999. p. 515– 522.

FERDINANDUSSE, Ward N. *Direct application of International Criminal Law in national courts*. The Hague: TMC Asser, 2006. 322 p.

FERREIRA, Marielle. A criação do Tribunal Penal Internacional e a evolução do direito internacional face ao princípio da soberania, *Cena internacional*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 153-172, 2001.

FLETCHER, George P. *Basic concepts of Criminal Law*. Oxford, New York: Oxford University, 1998. 223 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 468 p.

GOMES, Luiz Flavio. *Erro de tipo e erro de proibição: a evolução da teoria causal-naturalista para a teoria finalista da ação*. São Paulo: RT, 1992. 152 p.

_____. Funções da pena no Direito Penal brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1037, 4 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8334>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 383 p.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001. 102 p.

GREEN, L. C. Command responsibility in International Humanitarian Law. *Transnational Law & Contemporary Problems*, n. 5, p. 319 –371, Fall, 1995.

_____. *The contemporary law of armed conflict*. 2. ed. Manchester: Manchester University, 2000. 393 p.

_____. War crimes, crimes against humanity, and command responsibility. *Naval War College Review*, v. 7, n. 02, Spring, 1997.

GREENWOOD, Christopher. *Command responsibility and the Hadzihasanovic Decision*. *Journal of International Criminal Justice*, n. 2, p. 598-605, 2004.

GREPPI, Edoardo. The evolution of individual criminal responsibility under International Law. *International Law Review*, n. 835, p. 531-553, 1999.

HALL, Jerome. *Principles of criminal Law*. 2. ed. New Jersey: Lexis Law, 2005. 642 p.

HAUSER, Denise. *A assistência humanitária perante os novos conflitos armados: a nova ordem mundial e os conflitos armados: el nuevo orden mundial e los conflictos armados*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 131-175.

HENQUET, Thomas. Convictions for command responsibility under articles 7 (1) and 7 (3) of the Statute of the international criminal for the former Yugoslavia. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, n. 4, p. 805-834, 2002.

JAKOBS, Günter. *Acción y omisión em Derecho Penal*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2000. 35 p.

_____. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 94 p.

JAPIASSU, Carlos Eduardo A. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 389p.

JARDIM, Tarciso dal Maso. *O Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. 654 p. tomo I.

JESCHECK, Hans Heinrich. The general principles of International Criminal Law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 2, p. 38 – 55, 2004.

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981, 696 p. v. 1.

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1981. v. 2.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. 750 p. v.1.

_____. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. 181p.

JIA, Bing Bing. The doctrine of command responsibility revisited. *Chinese Journal of International Law*, v. 2, n. 1, p. 1-42, 2004.

KALSHOVEN, Frits; ZEGVELD, Liesbeth. *Constraints on the waging war*. 3. ed. Geneva: ICRC, 2001. 223 p.

KEITH, Kristen M. F. The mens rea of superior responsibility as developed by ICTY jurisprudence. *Leiden Journal of International Law*, v. 14, n. 3, p. 617-634, 2001.

KREB, Clauss et. al. *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004. 136 p.

LANDRUM, Bruce D. The Yamashita war crimes trial: command responsibility then and now. *Military Law Review*, n. 149, p. 293–301, Summer, 1995.

LANGSTON, Emily. The superior responsibility doctrine in International Law: historical continuities, innovation and criminality: can East Timor's special panels bring militia leaders to justice? *International Criminal Law Review*, Netherlands, v. 4, n. 2, p. 141 -183, 2004.

LAVIOLETTE, Nicole. Commanding rape: sexual violence, command responsibility, and the prosecution of superiors by the international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda. *Canadian Yearbook of International Law*, n. 36, 1998, p. 93-149.

LEE, Roy S. *The International Criminal Court*. New York: Transnational, 2001.

LEVINE, Eugenia. Command responsibility: the mens rea requirement. *Global Policy Forum*, p. 1-10, Feb., 2005. Disponível em:
<<http://www.globalpolicy.org/intljustice/general/2005/command.htm>> Acesso em: 17 mar. 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, maio/ago. 2002.

LIPPMAN, Matthew R. *Contemporary criminal law: concepts, cases, and controversies*. USA: Sage Publications, 2007. p. 121, 126.

_____. Humanitarian law: the uncertain contours of command responsibility. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, v. 9, p. 1-93, Fall, 2001.

LOPES, Fábio Motta. Aspectos polêmicos dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 75, p. 9-38, nov./dez., 2008.

LUNA, Everardo da Cunha. *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985. 403p.

_____. *Estrutura jurídica do crime*. São Paulo: Saraiva, 1991. 127 p.

MAIA, Marrielle. A criação do TPI. *Revista CEJ*, v. 4, n. 11, p. 153-172, 2000.

_____. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 262 p.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Padova: Cedam, 1992. 998 p.

_____. *The general principles of international criminal law: the viewpoint of a national criminal lawyer*. *Journal of International Criminal Justice*, n. 1, p. 26–38, 2003.

MARESCA, Louis G. The Prosecutor v. Tadic: the appellate decision of the ICTY and internal violations of Humanitarian Law as international crimes. *Leiden Journal of International Law*, v. 9, n. 1, p. 219-231, 1996.

MARTINEZ, Jenny S. *Understanding mens rea in command responsibility: from Yamashita to Blaskic and beyond*. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 5, p. 638-664, 2007.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. 687 p.

MEIERHENRICH, Jens. Conspiracy in International Law. *Annual Review of Law and Social Science*, Cambridge, v. 2, p. 341-357, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 500p.

MELONI, Chantal. Mode of liability for the crimes of subordinates or separate offence or the superior? *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 5, p. 619-637, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 457 p. v.1.

MITCHEL, Andrew D. Failure to halt, prevent or punish: the doctrine of command responsibility. *The Sidney Law Review*, Sydney, n. 22, p. 381–409, Sep., 2000.

MOLAN, Mike; BLOY, Duncan; LANSER, Denis. *Modern Criminal Law*. 5. ed. London: Cavendish, 2003. 419p.

MOIR, Lindsay. *The Law of international armed conflict*. Hardcover: Cambridge University, 2002. p. 23-25. (Cambridge Studies in International and Comparative Law Series).

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o Direito Penal do inimigo*. 2006. 327f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2009.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Implementação do Estatuto de Roma na América Latina. *Boletim Ibccrim*, v.13, n.152, p.12, jul., 2005.

MUNDIS, Daryl A.; GAYNOR, Fergal Gaynor. Current Developments at the Ad Hoc International Criminal Tribunals. *Journal of International Criminal Justice*, v. 4, n. 3, p. 623-658, 2004.

NEIVA, Adelmy Cabral. *Tribunais militares internacionais*. *Revista Forense*, ano 83, v. 300, out./dez., p. 652-655, 1997, p. 451-457.

NERLICH, Volker. Superior responsibility under Article 28 ICC Statute. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 5, n. 3, p. 665–682, 2007.

NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. La distincion entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omission (o de commission por omisión). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 11, n. 44, jul/set., p 34–62, 2003.

PAGET, Reginald. *Manstein: campanhas e julgamento*. Rio de Janeiro: BIBLIEX, 1999. 282 p.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale*. Milano: Giuffré, 1996. 782 p.

PAUST, Jordan J. Superior orders and command responsibility. In: BASSIOUNI, Cherif. *International Criminal Law*. 2. ed. New York: Transnational, 1999.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Direito humanitário: novos horizontes. In: ENCONTRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, 1., 2001, Brasília. *Anais...* Brasília: ESMPU, 2001. p. 121-134.

_____. Organised crime and armed conflict. *Humanitäres Völkerrecht*, v. 18, n. 2, p. 118–124, 2005.

PETERKE, Sven. Terrorism and the applicability of International Humanitarian Law: the Majahir case. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 2, n. 6, p. 99-109, jan./mar. 2003.

PICTET, Jean S., ed., *Commentary: The Geneva Conventions of 12 August 1949*. 4 vols. Geneva, ICRC, 1952, 1958, 1960.

PJANIC, Jasmina. *Joint criminal enterprise: new form of individual criminal responsibility*. Disponível em: <<http://www.okobih.ba/files/docs/Jasmina>> Acesso em: 17 mar. 2009.

PRIETO, José Luis Rodríguez-Vilasante. Aplicación del Derecho Internacional Humanitário em el conflicto de Bósnia-Herzegovina. *Revista española de Derecho Militar*, n. 65, p. 307- 387, ene.-jun. 1985.

QUARITSCH, Helmuth. *Carl schimitt- risposte a norimberga*. Roma: Laterza, 2006. 196p.

RANA, Rajat. *The Jean Mpambara case: outlining "culpable omissions" in International Criminal Law*. Oxford: Oxford University, 2007. p. 439–443.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. *Accountability for human rights atrocities in International Law: beyond the Nuremberg legacy*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2001. 435 p.

REALE JUNIOR, Miguel. *Teoria do delicto*. São Paulo: RT, 1998. 279 p.

ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. Imputação objetiva nos delitos omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 101-120, jan./mar. 2001.

ROCHFERT, Juam Ignácio Pina. *La estructura de la teoria del delito en el ambito jurídico del "Common Law"*. Granada: Comares, 2002. 175p.

RODRIGUES, Eduardo Silveira. A relevância causal da omissão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 04, n.14, p. 149-165, abr./jun. 1996.

RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000. 115 p.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja, 1986. 361 p. p 169-195.

SÁNCHEZ, Jesús M. Silva. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2006. 502 p.

SANDOZ, Yves. *Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de ginebra del 12 de agosto de 1949*. Bogota: CICR, 2000. 1967 p. tomo II.

SAUER, Wilhelm. *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1956. 431 p.

SAUTENET, Vincent. Crimes Against Humanity And The Principles Of Legality: What Could the Potential Offender Expect? *International Human Rights*, v. 7, n. 1, Mar. 2000. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2000/9.html#Otherin_T> Acesso em: 30 mar. 2009.

SCHABAS, William A. Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *New England Law Review*, v. 37, n. 4, p. 1015-1036, 2003. p. 1029-1030.

SCHINDLER, D. The different types of armed conflicts according to the Geneva conventions and protocol. *Reveil des Cours*, v. 163, n. 2, p. 145, 1979.

SENGHEISER, Jason. Command responsibility for omissions and detainee abuse in the "war on terror". *Thomas Jefferson Law Review*, v. 30, 2008. p 693-722. Disponível em: <<http://www.tjeffersonrev.org/30-2/Sengheiser.pdf>> Acesso em: 27 maio 2009.

SILVA, Paulo Alfen da. *Domínio do fato pelo domínio da vontade em virtude de aparatos organizados de poder: uma valoração crítica e ulteriores contribuições*. São Paulo, v. 3, n. 1, p. 8-16, 2006.

SLIEDREGT, E. Van. *The criminal responsibility of individuals for violations of International Humanitarian Law*. Netherlands: TMC Asser, 2003. 437 p.

SMIDT, Michael L. Yasmashita, Medina, and beyond: command responsibility in contemporary military operations. *Military Law Review*, v. 164, p. 155-234, 2000.

SMITH, Bradley F. *O tribunal de Nuremberg*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1979. 363p.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: el hecho punible*. Madrid: Edersa, 1982. 362 p.

SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 191-211. 308p.

SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: CICV/Instituto de Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 16-17.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15, v. 4, p. 124- 157, 1996.

_____. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996. 109 p.

THE JUDGEMENT OF NUREMBERG: 1946. London: Stationery Office, 1999. 332 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 362 p.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., 2000, Brasília. *Anais...* Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. p. 1- 31.

_____. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. v. 1.

WECHSLER, Herbert. On culpability and crime: the treatment of *mens rea* in the Model Penal Code. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v.39, n. 1, p. 24-41, jan. 1962.

- WEIGEND, Thomas. Intent, mistake of Law, and co-perpetration in the *Lubanga* decision on confirmation of charges. *Journal of International Criminal Justice*, v. 6, n. 3, p. 471-487, 2008.
- WERLE, Gerhard. Individual criminal responsibility in article 25 ICC Statute. *Journal of International Criminal Justice*, n. 5, p. 953-975, 2007. p. 964-966.
- WERLE, Gerhard; FLORIAN, Jessberger. Article 30 of the ICC Statute and the mental element of crimes under International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, n. 5, p. 35-55, 2005.
- WESSELS, Johan. *Derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1980. 258p.
- WET, Erika de. The illegality of the use of force against Iraq subsequent to the adoption of Resolution 687 (1991). *Humanitäres Völkerrecht*, Bochum/Deutschland, n.3, p. 125-131, 2003.
- WILLIAMSON, Jamie Allan. Some considerations on command responsibility and criminal liability. *International Review of the Red Cross*, v. 90, n. 870, jun. 2008, p. 303 – 317.
- WILSON, Willian. *Criminal law: doctrine and theory*. 3. ed. Essex-UK: Pearson, 2008. 613 p.
- WU, Timothy. Criminal liability for the actions of subordinates-the doctrine of command responsibility and its analogues in United States Law. *Harvard International Law Journal*, n. 38, p. 272-295, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997. 893 p.
- ZAHAR, Alexander; SLUITER, Göran. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University, 2008. 530 p.
- ZASLAVSKY, Victor. The Katyn Massacre: "Class Cleansing" as Totalitarian Praxis. *Telos*, n. 114, p. 1-67, Winter, 1999.

Legislação e jurisprudência consultadas:

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4038 de 2008. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. *Diário da Câmara dos Deputados*, 03 de outubro de 2008. p. 4240-42456.

CONVENÇÕES de Genebra de 12 de agosto de 1949. Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha, 1992.

DERECHO Internacional relativo a la conducción de las Hostilidades: colección de convenios de la Haya y de algunos otros tratados. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1992.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ICC-01/04-01/06. Case: The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/Related+Cases/ICC+0104+0106/Democratic+Republic+of+the+Congo.htm>> Acesso em 15 maio 2009.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Case No.:IT-95-14-A. Prosecutor v. Tihomir Blaskic. Registrar: Mr. Hans Holthuis. July 29, 2004. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/blaskic/appeal/judgement/index.htm>> Acesso em: 01 abr. 2009.

_____. Case No. IT-94-I-T Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgment, 7 May 1997.

_____. Case No.: IT-95-14/1-T. Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Registrar: Mr. Jean-Jacques Heintz. June 25, 1999. Disponível em: <<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/tribunalen.nsf/eea9364f4188dcc0c12571b500379d39/6fa833cf39a88017c12571fe004be24f?OpenDocument>> Acesso em: 01 abr. 2009.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST CHARTER (IMTFE Charter). Tokyo, 19 jan. 1946. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>> Acesso em: 20 maio 2009. p.

LAZZARINI, Álvaro. *Código Penal Militar de Processo Penal Militar: estatuto dos militares*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZI, Giuseppe; BRUNELLI, David. *Codici penale militari e norme complementary*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1992.

OLMO, Pedro Hernández del. *Código Penal Militar*. Pamplona: Aranzadi, 1989.

PROTOCOLOS adicionais às convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949. Lisboa: Cruz Vermelha Portuguesa, 1988.

PENAL Code. San Clemente: QWIK-Code, 1993. Abridged califonia Edition.

PENAL Law of the State of New York. New York: Looseleaf Law Publications, 2006.

SOARES, Denise de Souza; DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Penal: tratados e convenções*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1459 p.

APÊNDICE - CONCEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO REFERENCIADOS AO DIPen NO ESTATUTO DE ROMA COMO ELEMENTO NORMATIVO OU NORMA PENAL EM BRANCO

Os temas que iremos tratar nesta oportunidade dizem respeito a conceitos de DICA e que por razões metodológicas não tinha sentido que fossem aclarados no corpo do trabalho. O ER a eles se refere com frequência, e a falta de compreensão sobre o seu sentido pode comprometer o entendimento de muitos aspectos do objeto de nossa pesquisa, motivo pelo qual optamos por tratar desses conceitos em um capítulo próprio. Note-se que são conceitos de DICA e a abordagem feita pelo autor, evidentemente, não pode ter a profundidade da realizada pelos especialistas desse ramo do direito internacional público. Não se trata, pois, de doutrina internacional. No máximo, são ferramentas à disposição do leitor para melhor compreender o objeto da nossa pesquisa.

Tal como acontece com o direito penal, impropriamente chamado de "nacional", o DIPen vale-se de conceitos de outros ramos do direito. Isto tem a ver com o seu caráter sancionador. O direito penal interno das nações, como mínimo ético, reforça a tutela do direito extrapenal: civil, administrativo, tributário etc. Inevitavelmente se relaciona com outros ramos do direito, utilizando-se de seus conceitos ou remete para eles a matéria proibitiva, na forma, respectivamente, de elementos normativos ou norma penal em branco. Isto também acontece com o DIPen em relação ao direito internacional humanitário ou dos conflitos armados.

Ocorre que os conceitos de DIH são de domínio muito restrito, objeto de estudo de juristas altamente especializados no assunto, sendo eles poucos, mesmo entre os especialistas em direito internacional. Por essa razão, convém que a tutela penal das normas de DIH se opere da forma mais clara possível para o intérprete, que será um operador do direito penal, com pouco ou nenhum contato com tais normas.

Seguindo esse pensamento, o ER procurou ao máximo abarcar esses conceitos dispersos em vários tratados internacionais, que remontam ao fim do século XIX, concentrando a matéria proibitiva na norma internacional penal, tratando como norma autoexplicativa o que, em direito penal, seria elemento normativo ou norma penal em branco. Esse procedimento, é claro, não foi completo e, às vezes, faz-se necessário recorrer-se ao DIH para melhor saber do alcance de algumas normas do ER, o que tentaremos fazer no presente apêndice, com as limitações epistemológicas já referidas.

Conceito de crime de agressão

Embora o artigo 5º, "d", do ER confira competência ao TPI para julgar crime de agressão, este não restou definido.

Art. 5º Crimes da competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

d) o crime de agressão.

O crime de guerra de agressão remonta à Carta de Nuremberg²¹⁸ e nunca encontrou unanimidade na sua adoção pela comunidade internacional pela ausência de fundamento adequado no direito internacional. Mesmo assim o Estatuto do IMT tipificou esse crime, denominando-o de crime contra a paz:

II- Jurisdição e Princípios Gerais:

Os atos a seguir, ou qualquer um deles, são os crimes submetidos à jurisdição do tribunal e levam a uma responsabilidade individual:

a) Os crimes contra a paz: isto é, a direção, a preparação, o desencadeamento ou continuidade de uma guerra de agressão, ou de uma guerra violando tratados, garantias ou acordos internacionais, ou a participação em um plano orquestrado ou em um complô para o cumprimento de qualquer um dos atos anteriores.

O fundamento era a proscrição do uso da guerra como instrumento de política internacional com o Pacto Kellog-Briand e o Estatuto da Sociedade das Nações. Entretanto, de forma alguma, determinavam resposta penal em caso de violação desse princípio. Os redatores do Estatuto de Roma, sentindo essa dificuldade, não redigiram o conceito de crime de guerra para essa hipótese, embora as hipóteses de uso da força já estivessem definitivamente consolidadas no direito internacional a partir da Carta das Nações Unidas e da Resolução da ONU, de 14 de dezembro de 1974, dedicada justamente à definição do que venha a ser agressão.²¹⁹

²¹⁸ Todos os textos de Estatutos dos tribunais internacionais foram retirados da obra de Soares (2006). Cf. SOARES, Denise de Souza; DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Penal: tratados e convenções*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1.459 p.

²¹⁹ São as seguintes situações:

Persistem casuísmos e interpretações que enfraquecem a sua definição no ER. Vide o exemplo do Iraque ou casos de intervenção humanitária como em Kosovo, sem que tenha havido uma prévia autorização da ONU para o uso da força, apenas posteriormente convalidados, o que, rigorosamente, não encontra amparo na CNU.²²⁰

Conceito de crime de genocídio

O crime de genocídio foi criado posteriormente aos julgamentos de Nuremberg. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, estabelecia como crimes, no artigo 3º, além do genocídio, o conluio para o seu cometimento, a incitação direta e pública para o seu cometimento, a tentativa e a cumplicidade.

O nosso país assinou essa Convenção e internalizou a criminalização desse comportamento através da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956. Esta lei, além de positivar os crimes ali enumerados, criou no artigo 2º o crime de associação para a prática dos crimes de genocídio, semelhante ao crime do artigo 288 do CPB. Este crime se inspirou no crime de conluio (“*conspiracy*”) do direito anglo-americano, como visto no capítulo II.

No CPM brasileiro, o crime de genocídio está descrito no artigo 208, na parte dos crimes militares em tempo de paz, e no artigo 401 no CPM, para tempo de guerra, com previsão, inclusive, de pena de morte nesse último caso. Como não existe na legislação penal militar o delito de associação criminosa, também não foi prevista essa forma delitiva para o genocídio.²²¹

O ER, no artigo 6º, define as hipóteses de crime de genocídio, que, na essência, em nada diferem da Convenção assinada em 1948. Não foi feita previsão do conluio nos termos do Estatuto de Nuremberg, cuja reação à sua incriminação, já vimos, foi mais intensa nos

a- Na Carta das Nações Unidas: medidas de segurança coletiva com fundamento no Cap. VII ou com fundamento no artigo 51 em hipótese de guerra defensiva.

b- guerra de libertação nacional: art. 1º, parágrafo 4º, do Protocolo 1 às Convenções de Genebra.

Cf. SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: CICV/Instituto de Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 16-17.

²²⁰ O uso da força contra as forças iraquianas que invadiram o Kuwait em 1990 foi autorizado pela Resolução nº 678, de 29 de novembro de 1990. Após a restauração das fronteiras e da retirada das tropas iraquianas no Kuwait, foi a paz firmada com a Resolução nº 687 da ONU de 1991. Dois dias depois, a ONU adotou a Resolução 688, de 5 de abril de 1991, a respeito do massacre da população curda, o que resultou no estabelecimento de zonas de exclusão aérea pelas forças armadas norte americanas, britânicas e francesas. Esta Resolução, combinada com a Resolução nº 678, de 1990, é o provável argumento para a recente invasão do Iraque. Para conferir os argumentos em sentido contrário, conferir o excelente artigo de Erika de Wet.

Cf. WET, Erika de. The illegality of the use of force against Iraq subsequent to the adoption of Resolution 687 (1991). *Humanitäres Völkerrecht*, Bochum/Deutschland, n.3, p. 125-132, 2003.

²²¹ O que existe de mais próximo é o crime de “conspiração”, no artigo 152, mas é crime remetido em relação ao motim, tipificado no artigo 149.

julgamentos dos criminosos de guerra na Segunda Guerra Mundial perante o Tribunal de Tóquio, sob o argumento principal de que se tratava de delito não amparado no direito internacional.

Além disso, o ER prevê o crime de incitamento ao genocídio. Trata-se de crime contra a paz pública, tal como previsto no artigo 286 do CPB, típico caso de antecipação de tutela, na forma de crime de perigo abstrato, razão pela qual não é necessário que o comportamento tendente ao genocídio se desenvolva concretamente. Está ele inserido nas hipóteses de responsabilidade individual:

Art. 25: Responsabilidade criminal individual:

3. Nos termos ...

d) contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenham um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:

i) com o propósito de levar a cabo a atividade ou objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do tribunal; ou

ii) com o conhecimento d intenção do grupo de cometer o crime;

e) *no caso do genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática.*

Crimes contra a humanidade - conceito:

É criação também de Nuremberg, depois incorporada aos Estatutos dos Tribunais da ex-Iugoslávia e Ruanda, e agora no ER. A noção de crimes contra a humanidade nasceu vinculada à situação de guerra em Nuremberg. Assim previa o Estatuto do IMT quanto a esses crimes:

II – Jurisdição e Princípios Gerais

Art. 6º

c) os crimes contra a humanidade: isto é, o assassinato, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham constituído ou não uma violação do direito interno do país onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em decorrência de qualquer crime que faça parte da competência do Tribunal ou estejam vinculados a esse crime.

Ou seja, o comportamento deveria estar vinculado ao crime de agressão, que pressupõe o uso ilegal da força, ou então aos crimes de guerra, que surgem durante o conflito.

Já no Estatuto do Tribunal para o Extremo Oriente, os crimes contra a humanidade foram concebidos não necessariamente vinculados ao conflito armado de que participou o Japão na Segunda Guerra Mundial:

Art. 5º Jurisdição sobre as pessoas e sobre os crimes:

c) Crimes contra a humanidade.

Isto é, assassinato, extermínio, escravidão, deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos ou raciais, na execução ou na relação com qualquer crime que recaia na jurisdição do Tribunal, esteja ou não violando a legislação interna do país onde foi perpetrado o crime. Os Chefes, organizadores, provocadores e cúmplices que tomaram parte na elaboração ou na execução de um plano comum ou em um complô para cometer qualquer um dos crimes enunciados são responsáveis por todos os atos realizados por qualquer pessoa na execução desse plano.

Com o Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia houve um retorno à concepção do crime contra a humanidade vinculado ao conflito armado:

Art. 5º Crimes contra a humanidade:

O Tribunal Internacional tem competência para julgar as pessoas consideradas responsáveis pelos crimes seguintes, quando cometidos durante um conflito armado, de caráter internacional ou interno, e dirigidos contra qualquer população civil:

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por sua vez, é a fonte mais direta da redação do ER para os crimes contra a humanidade, e, semelhante ao Estatuto do Tribunal de Tóquio, desvincula a configuração do crime contra a humanidade das situações de conflito armado, que, no caso, foi não internacional:

Art. 3º Crimes contra a Humanidade

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda tem competência para julgar as pessoas consideradas responsáveis por qualquer um dos seguintes crimes, quando cometidos como parte de um ataque, generalizado e sistemático, contra qualquer população civil, por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos.

Finalmente, o ER apresenta a seguinte redação:

Art. 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:

Embora no ER o crime contra a humanidade não esteja vinculado à situação de conflito armado internacional ou não internacional, é certo que muitos dos comportamentos definidos no artigo 7º encontram correspondência nos crimes de guerra. Incurrendo as duas hipóteses, surge uma situação de conflito aparente de normas devendo prevalecer a incidência do crime de guerra, cuja conceituação é anterior e serviu de fonte de inspiração para a conceituação dos crimes contra a humanidade. Seria a aplicação do princípio da especialidade.

O ER definiu os crimes contra a humanidade iniciando por uma norma de extensão, tal como o CPM, no artigo 9º, ao definir os crimes militares. Faz-se necessário que além de o comportamento adequar-se à norma incriminadora, ajuste-se primeiro a determinadas situações

previamente estabelecidas na norma de extensão. Essa técnica será utilizada também na definição dos crimes de guerra. Além disso, optou por trazer para o seu texto o máximo de conceitos possíveis encontrados em outros tratados para evitar o reenvio à complementação da matéria proibitiva nas hipóteses de normas penais em branco e aos conceitos jurídicos e extrajurídicos nas situações de elementos normativos. Assim sendo, no item 2, definiu o que vem a ser ataque contra uma população civil, pressuposto fundamental para conceber-se essa espécie delitiva: a) por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política.

Segundo a redação normativa, não se pode considerar como crime contra a humanidade *ato isolado, a não ser dentro de um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil*. Também não se pode considerar como crime contra a humanidade atos mesmo quando em larga escala, mas desvinculados de uma política de perseguição conduzida pelo Estado ou organizações, que podem até não serem estatais, em vista da prática dos crimes enumerados nesse artigo. Nesse caso, ainda que grave o comportamento diante da multiplicidade de vítimas, por exemplo, não se caracteriza como crime internacional. Outra característica é que tem por vítimas somente civis.

No "caput" está dito que o crime contra a humanidade é qualquer dos atos enumerados, quando praticados dentro de um quadro de um ataque *generalizado ou sistemático* contra a população civil. Ataque generalizado é o cometido em larga escala e não atos isolados como acima explicitado; ataque sistemático, por sua vez, quer dizer metódico. Segundo Antonio Cassese: "*They are not isolated or sporadic events, but are part either of a governmental policy, or of a widespread or systematic practice of atrocities tolerated, condoned, or acquiesced in by a government or a de facto authority. Clearly, it is required that a single crime be an instance of a repetition of similar crimes or be a part of a string of such crimes (widespread practice), or that it be the manifestation of a policy or a plan drawn up, or inspired by, State authorities or by the leading officials of a de facto state-like organization, or of an organized political group (systematic practice)*".²²²

²²² Cf. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. 472 p. p. 64.

Outro dado importante é a conjunção alternativa *ou*. Na redação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda vemos que o ataque contra a população civil deve ser generalizado *e* sistemático para caracterizar-se como crime contra a humanidade, enquanto no ER pode ser uma coisa ou outra, ou seja, o tipo incriminador do ER tem maior abrangência.

Pressupostos para a caracterização de crime de guerra

Os crimes de guerra, caracterizados como as graves violações aos preceitos do DIH, ao contrário dos crimes contra a humanidade, só podem ser cometidos em situação de conflito armado, que são classificados em internacionais ou não internacionais. O ER não conceitua o que é conflito armado internacional, logo é inevitável que o intérprete analise os tratados de DIH para neles buscar o seu adequado conceito, o que tentaremos elucidar nesse item.

Conflito armado internacional

Quando se fala em conflito armado internacional, o que vem logo em mente é o conceito de guerra, que, no senso comum, é beligerância entre nações, normalmente acompanhado de uma declaração de guerra. Entretanto, perante o DIH, o estado de guerra é apenas uma situação de fato. No direito interno das nações nem sempre é assim. Em muitos países como o nosso, o tratamento jurídico do conflito armado internacional está previsto na Constituição, que traz uma série de consequências jurídicas internas quando reconhecido através de ato formal. Essa conceituação constitucional muitas vezes está em descompasso com o DIH ao exigir declaração formal de seu reconhecimento e o nosso país é um exemplo disso, basta ver o artigo 84, XIX, da Lei Maior. Esse distanciamento entre o conceito de guerra e o de conflito armado internacional dificulta sobremaneira a implementação dos tratados de DIH, pois o direito interno ao restringir o conceito de conflito armado internacional, limita o alcance das violações graves aos tratados de DIH, conseqüentemente, restringe o conceito de crime de guerra. Não tem sentido esse distanciamento, sobretudo quando se sabe que a maioria dos conflitos internacionais se desencadeia sem declaração de guerra e, muitas vezes, até são mantidos os embaixadores no solo inimigo.²²³

²²³ Para se ter uma ideia mais precisa do conceito de guerra:

Celso D. de Albuquerque Mello, ao tratar do conceito de guerra em sua obra: "Direitos humanos e conflitos armados, Capítulo II". Afirmo o renomado autor, ao se referir ao artigo 2º acima citado, bem como à Convenção de Haia de 1907: "O que se pode depreender é que pelo texto acima a guerra para existir deve ser declarada, conforme estabelece a convenção de Haia citada acima. Os demais combates entre os estados são "conflitos armados". Esta

Por outro lado, o conflito armado internacional não tem gradação, ou seja, em qualquer situação de agressão militar de um país contra o outro, através de suas forças armadas, tem-se conflito armado internacional.²²⁴ Agressão, tecnicamente em direito internacional, chama-se ataque e vem tratada no artigo 57 do PI. Estão fora desse conceito, ou seja, caracterizam-se apenas como conflitos político-internacionais, a ação armada privada, manobras militares em situações não autorizadas, mas sem ataque, simples invasão territorial sem ocupação, quaisquer outras escaramuças sem que tenha havido ataque. É fundamental que o ataque seja realizado em nome do Estado, como ficou decidido no caso Tadic pelo ICTY.²²⁵

Mas o DIH fala também de guerra, este sim é o conflito armado internacional “declarado”, ou seja, indica um conceito formal de conflito armado. Guerra, portanto, é uma espécie de conflito armado internacional. Rigorosamente não existe mais esse requisito formal para o início das hostilidades. O cumprimento desta formalidade remonta a uma época em que a beligerância era continuação da política internacional das nações, como expressão da soberania,

expressão surge para atender à realidade política da sociedade internacional; isto é, não há guerras, mas conflitos armados”

Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 500p. p. 113.

²²⁴ (c) *The Armed Character of a Conflict*

A further problem concerns the armed character of a conflict. This question needs attention as the term “armed conflict” is not understood in exactly the same way in the case of international and of non-international conflicts. The existence of an armed conflict within the meaning of article 2 common to the Conventions can always be assumed when parts of the armed forces of two States clash with each other. Even a minor frontier incident is sufficient. Any kind of use of arms between two States brings the Conventions into effect. Furthermore, the applicability of the Geneva Conventions and Protocols does not depend on whether the use of force against another State is permitted or not. Any use of force which can be attributed to a state according to the rules of State responsibility will result in the applicability of the laws of war under international law”.

Cf. SCHINDLER, D. The different types of armed conflicts according to the Geneva conventions and protocol. *Reveil des Cours*, v. 163, n. 2, p. 145, 1979. p. 130.

²²⁵ CHAMBER I-

Opinion and Judgment: 07 May 1997.

THE PROSECUTOR VERSUS DUSKO TADIC:

384. The armed forces of the *Republica Srpska*, and the *Republica Srpska* as a whole, were, at least from 19 May 1992 onwards, legal entities distinct from the VJ and the Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro). However, as a rule of customary international law, the acts of persons, groups or organizations may be imputed to a State where they act as de facto organs or agents of that State. One may speak of imputability as “the result of the intellectual operation necessary to bridge the gap between the delinquency of the organ or official, and the attribution of breach and liability to the State, “in this case, the acts of the armed forces of the *Republica Srpska*, although nationals of the Republic of Bosnia and Herzegovina after 19 May 1992 in relation to Opstina Prijedor may be imputed to the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) if those forces were acting as de facto organs or agents of that state for that purpose or more generally. (...)

Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Case No. IT-94-I-T Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgment, 7 May 1997.

um direito consagrado internacionalmente, intitulado **jus ad bellum**, incorporado e regulamentado no Direito de Haia.

Voltando ao descompasso entre os conceitos, a nossa Constituição, por exemplo, no artigo 84, XIX, diz que é privativo do Presidente da República “declarar a guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”. O nosso conceito de guerra está atrelado ainda à Convenção de Haia de 1907, quando o **jus ad bellum** era admitido sem restrições. Como vimos por ocasião do conceito de agressão, não se admite mais guerra ofensiva e a única adequação jurídica ao tema, com a atual conformação do direito ao uso da força, é que, perante a nossa Lei Maior, está restrita às hipóteses de guerra defensiva. Compare-se a redação do artigo 1º da Convenção de Haia, quando o direito de ir à guerra era admitido sem restrições, porém sujeito à prévia declaração formal, com o artigo 2º Comum às Convenções de Genebra de 1949.

Convenção relativa al rompimento de hostilidades. Haia, 18 de outubro de 1907

Art. 1º. Las Potencias Contratantes reconocen que las hostilidades entre ellas no deben romperse sin una notificación previa y explícita que tenga, y ala forma de una declaración motivada de guerra, y ala de um ultimátum com declaración de guerra condicional.

Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949.

Artigo 2. Além das disposições que devem vigorar mesmo em tempo de paz, a presente Convenção irá aplicar-se em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais Altas Partes Contratantes, ainda que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas. ...

A outra hipótese de aplicação do DIH ocorre em situações de ocupação definidas nesse mesmo dispositivo, na segunda parte: “A Convenção será igualmente aplicada em todos os casos de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte Contratante, ainda que essa ocupação não encontre qualquer resistência militar”.

Essa é uma hipótese de aplicação do DIH mesmo sem conflito armado. Para essa situação é importantíssima a 4ª Convenção de Genebra, que trata da proteção dos civis em tempo de guerra, isto é, em tempo de conflito armado internacional.

É importante notar que o DIH e, conseqüentemente, o DIPen, que visa tutelá-lo, serão aplicados onde exista conflito armado internacional, amparado o uso da força ou não pelo direito internacional, além, é claro, da situação de ocupação acima citada.

Nada justifica o descompasso entre o DIH e o nosso direito interno. O CPM, seja em tempo de guerra ou de paz, não tem um único capítulo sobre violações ao DIH. Nas hipóteses de aplicação para tempo de guerra, é menos lacunoso.²²⁶ O CPM em tempo de guerra, embora só possa ser aplicado com a declaração formal de guerra, pode alcançar de forma mais ampla a tutela do DIH ínsita no restante do ordenamento jurídico, o que não acontece com o CPM em tempo de paz. É que a definição de crime militar em tempo de guerra do artigo 10 do CPM pode abranger todo o direito penal brasileiro, incluindo, portanto, as hipóteses de crimes comuns.²²⁷ Por exemplo, a definição de tortura na Lei nº 9.455/93 tem previsão mais ampla que a contida no artigo 222 do CPM em tempo de paz.²²⁸ Em tempo de guerra, a Justiça Militar Federal pode aplicar os dois diplomas legais, por força do artigo 10, IV, do CPM. Resulta disso que a repressão a esse comportamento em tempo de guerra dificilmente deixará sem alcance alguma hipótese de tortura prevista nos tratados de direitos humanos e DIH. Por aí se vê a necessidade urgente de implementar-se o Estatuto de Roma.

O distanciamento entre os valores contidos nos tratados de DIH e o direito penal militar conduz à dificuldade de repressão de violações graves ao DIH que são previstos como crimes de guerra no ER. Eventualmente podem surgir situações de crimes de guerra perante o ER e não existir o comportamento tipificado na legislação penal militar acarretando a instauração da competência da Corte Internacional por ausência de julgamento interno. A falta de um capítulo próprio sobre DIH no CPM faz com que as violações graves ao DIH, em muitas hipóteses, encontrem tutela apenas de forma indireta. Claro que confrontada toda a ordem jurídica penal perante o ER, as lacunas diminuem, mas, como visto no parágrafo anterior, no CPM isso só é possível em tempo de guerra.

²²⁶ Sobre as lacunas e contradições do CPM em relação aos tratados de DIH: Cf. JARDIM, Tarciso dal Maso. *O Brasil e o Direito Internacional dos conflitos armados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. 654 p. tomo I. p. 103-120.

²²⁷ Art. 10. Consideram-se crimes militares em tempo de Guerra:

- I- Os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;
- II- Os crimes militares previstos para o tempo de paz;
- III- Os crimes previstos neste Código embora também o sejam com igual definição na lei penal comum...
- IV- **Os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado**

²²⁸ O CPM prevê a tortura como forma de constrangimento ilegal: art. 222. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça ... Pena detenção, até 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave.
§ 1º A pena aplica-se em dobro, quando para a execução do crime, se reúnem mais de 2 (três) pessoas, ou há emprego de arma, ou quando o constrangimento é exercido com abuso de autoridade, para obter de alguém confissão de autoria de crime ou declaração como testemunha.

Com a aprovação da implementação do ER, que, entre outras providências, importará na complementação do CPM, essa lacuna entre a legislação penal militar e o DIH diminuirá ou tornar-se-á inexistente. De princípio, o seu pressuposto, com relação aos crimes de guerra, será a constatação de situação de conflito armado, internacional ou não. Com a aprovação desse projeto de lei, caracterizado um conflito armado internacional, mesmo sem declaração de guerra, será aplicado ao caso o CPM em tempo de paz e estas alterações na legislação penal militar advindas dessa lei de implementação. Com esse novo diploma legal serão criadas novas espécies delitivas no CPM, referentes às graves violações, ou a adequação da punição frente ao DIH, quando houver identidade de tutela.

Por fim, as 4 Convenções de Genebra, que regulam os conflitos armados internacionais, foram complementadas pelo Protocolo Adicional I de 1977, de redação influenciada pela experiência com a Guerra do Vietnã, cujo estado de beligerância, aliás, em nenhum momento foi reconhecido pelo direito interno americano, embora ninguém duvidasse de que se tratava de um conflito armado internacional à luz do artigo 2º Comum às 4 Convenções. O Protocolo I ampliou as hipóteses de proteção às pessoas e aos bens não envolvidos no conflito e estabeleceu novas situações de violações graves, na medida em que também previu outras restrições aos meios e métodos de combate. Tais violações graves também compõem as hipóteses de crimes de guerra no ER. Objeto de preocupação do P1 foi o largo uso de armas químicas, entre outros meios e métodos de combate altamente lesivos à população civil no Vietnã. Os EUA não assinaram o documento, mas dado o longo período de sua implementação, pode-se dizer que as suas normas são consideradas costumes de guerra, tanto assim, que o ER as positivou como crimes de guerra, mesmo sem a assinatura de muitos países. Durante a primeira Guerra do Kuwait, por exemplo, os EUA combateram ao lado de nações europeias que assinaram o P1 e tiveram que acatar as suas regras.

Por fim, o ER, além de não ter definido em seu texto o que vem a ser conflito armado internacional, também não o fez relativamente à *ocupação*, que é hipótese também de aplicação dos tratados internacionais de DIH. Vem ela prevista no artigo 2º comum às Convenções de 1949:

Artigo 2.

....

A Convenção será igualmente aplicada em todos os casos de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte contratante, ainda que essa ocupação não encontre qualquer resistência militar.

Se uma das Potências em conflito não for Parte na presente Convenção, as Potências que nela são Parte estarão de qualquer forma ligadas pela referida Convenção, em suas relações recíprocas. Ficarão, por outro lado, ligadas por esta Convenção à referida Potência, se esta aceitar aplicar suas disposições.

Ora, se nessas hipóteses também se aplicam às normas de DIH, podem também ocorrer violações graves e, portanto, crimes de guerra.²²⁹

Conflito armado não internacional

Após a Segunda Guerra Mundial, a maioria dos conflitos é de índole não internacional e se proliferaram nesse período, principalmente, recentemente, com a queda do muro de Berlim. É de conceituação mais difícil e recente. O seu conceito vem sendo delineado em tratados internacionais, pós-Segunda Guerra Mundial, que se sucederam no tempo, não anulando, entretanto, o estabelecido pelo documento anterior, razão pela qual o ER procurou positivar ao máximo as suas características para dentro do texto normativo como norma autoexplicativa. A primeira grande diferença com os conflitos internacionais é que exige gradação.

As disposições sobre conflito armado não internacional não se referiam às violações graves e, conseqüentemente, a crimes de guerra. A extensão do conceito de crime de guerra em conflito armado não internacional aconteceu por força de jurisprudência do ICTY.

A primeira vez que se dispôs especificamente sobre conflito armado não internacional foi nas Convenções de Genebra de 1949, no artigo 3º comum, que estabeleceu uma série de garantias aos insurgentes. Dessa forma, regulou-se um conflito entre forças estatais e opositores do regime. Não se trata de guerra de libertação nacional, hipótese de conflito armado internacional, à luz do artigo 1º do Protocolo Adicional nº 1, de 1977.

No conflito armado não internacional, dentro da visão do artigo 3º comum, com mais razão, não há falar em declaração ou qualquer outro ato formal reconhecendo o estado de beligerância. Nem sempre foi assim. Anota D. Schindler:

Civil Wars Prior to the 1949 Conventions: Recognitions of Belligerency.

Before the adoption of The 1949 Conventions civil war only came within the scope of international law if the insurgents were recognized as belligerents. Recognition of belligerency lay at the free discretion of the government which was opposing the insurgents as well as that of third States. If the government recognized the insurgents, the law of neutrality had to be observed between them and the parties to the conflict.

²²⁹ LEE, Roy S. *The International Criminal Court*. New York: Transnational, 2001. p. 111.

Recognition of belligerency was only permitted if: (1) The insurgents had occupied a certain part of the State territory; (2) established a government which exercised the rights inherent in sovereignty on that part of territory; and (3) if they conducted the hostilities by organized troops kept under military discipline and complying with the laws and customs of war. Thus, insurgents could only be recognized if the hostilities had assumed the attributes of war ...²³⁰

Além de também não necessitar de declaração formal de seu reconhecimento, deve ele ser de grandes proporções. Afinal, trata-se de conflito armado e não de insurgência. É, na verdade, uma insurgência de grandes proporções, a ponto de ser comparada com uma guerra. Sem dúvida, uma guerra interna. Comentando o artigo 3º comum as 4 Convenções de Genebra de 1949, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha assim se pronunciou:

“This article, which is common to all four Geneva Conventions, marks a new step forward in the unceasing development of the idea on which the Red Cross is based and of the humanitarian law resulting from it. It constitutes an extension of Article 2 and embodies all the rules applicable to conflicts no of an international character ...

Article 3, which has been called a “Convention in miniature” within the Geneva Conventions, applies to non-international conflicts only, and will be the sole article applicable to them until such time as the Parties have agreed to bring into force between them all or part of the other provisions of the Convention.

It is applicable automatically without requiring a prior determination as to the nature of the conflict, and without any condition in regard to reciprocity....

Paragraph 1 ...

a. *Cases of armed conflict* – What is meant by “armed conflict no of an international character”?

The expressions is so general, so vague that one might have feared that it might cover any act committed by force of arms – any form or anarchy, rebellion, or even plain banditry.

Such was not the author’s intention, however; they did not consider the term “armed conflict” as applying to any and every isolated event involving the use of force and obliging the officers or the peace to have resort to their weapons.

In general, Article 2 should be recognized as applying to armed conflicts consisting of *hostilities* in which *armed forces* on either side are engaged- in other words, conflicts which are in many respects similar to an international war, but take place within the confines of a single country”²³¹

Algumas outras conclusões podem ser tiradas do artigo 3º comum, além do fato de que se refere a uma verdadeira guerra, no sentido de violência generalizada e caótica: por se tratar de regras básicas, aplica-se também a conflitos armados internacionais.

²³⁰ Cf. SCHINDLER, D. The different types of armed conflicts according to the Geneva conventions and protocol. *Reveil des Cours*, v. 163, n. 2, 1979. p. 145.

²³¹ PICTET, Jean S., ed., *Commentary: The Geneva Conventions of 12 August 1949*. 4 vols. Geneva, ICRC, 1952, 1958, 1960, p 32-33.

Após a Segunda Guerra Mundial multiplicaram-se os conflitos armados não internacionais, fomentados na luta pelo poder hegemônico entre os líderes dos dois blocos, diante de uma nova conformação da ordem mundial polarizada entre leste e oeste. Hipóteses bem mais comuns que as guerras de libertação nacional tratadas no Protocolo 1 como conflito armado internacional. Com o fim da polarização, após a queda do Muro de Berlim, esses conflitos recrudesceram ainda mais.

O Protocolo 2, também de 1977, ampliou as garantias e os limites aos meios e métodos de combate nos conflitos intestinos, além de ter reforçado a distinção da hipótese de conflito armado não internacional com as situações de distúrbios e tensões internos em que é necessário também o uso da força. Além de o conflito ultrapassar os limites de mera tensão interna, o P2 exige que o grupo insurgente controle parte do território onde desenvolva as suas operações bélicas. Diz o artigo 1º do P2:

Artigo 1º - Âmbito de aplicação material:

1. O presente Protocolo, que desenvolve e completa o artigo 3º, comum às Convenções de 12 de agosto de 1949, sem modificar as suas condições de aplicação atuais, aplica-se a todos os conflitos armados que não estão cobertos pelo artigo 1º do Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo 1), e que se desenrolem em território duma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo.
2. O presente Protocolo não se aplica às situações de tensão e de perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados.

O Protocolo 2 ampliou as garantias, principalmente as de índole processual e penal material, por exemplo, acusações contra os insurgentes deveriam ser baseadas em crimes que obedeam ao princípio da legalidade estrita; garantia da presunção de inocência; proibição de pena de morte para menores de 18 anos, mulheres grávidas ou mães de crianças de tenra idade; concessão de anistia no final do conflito. Previu também proteção especial aos membros de serviço médico ou religioso, como também para todos aqueles que tendo participado dos conflitos, tenham se retirado por motivo de ferimento. Registre-se, também, a proteção civil à população e alguma disposição sobre meios e métodos de combate, como proteção das obras e instalações contendo forças perigosas; proteção ao sinal distintivo da Cruz Vermelha, cujo uso

abusivo caracteriza perfídia nas disposições referentes aos conflitos internacionais; proteção de bens culturais e lugares de culto, deslocamento forçado e etc.

Bem observadas as disposições do P2, facilmente conclui-se que abrangem o Estado e grupos insurgentes, o mesmo acontecendo com o artigo 3º comum. Mais recentemente, os conflitos armados não internacionais adquiriram uma conformação mais assustadora, em que o Estado está dilacerado, quando então grupos lutam entre si em uma guerra ainda mais caótica nem sempre buscando o controle do Estado. É a hipótese de *failed state*. Como conclui Denise Hauser, após descrever as características dessa nova tipologia de conflito: "...Consiste em situações nas quais as distintas frações armadas tentam conquistar o poder perante o vazio político. Enfim, não ocorre a desapareção física do Estado, o que ocorre é que este perde sua capacidade para cumprir com suas funções normais de governo. Também pode ocorrer o enfraquecimento, e em alguns casos, o próprio desaparecimento do centro de mando no interior destes grupos organizados".²³²

Essa nova conformação dos conflitos armados não internacionais, que infelizmente é mais comum hoje, rigorosamente não encontra previsão nem no artigo 3º comum, tampouco no P2. A jurisprudência dos tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda construiu essa hipótese. Isto resultou da consolidação da jurisprudência dos dois tribunais **ad hoc**, particularmente do Tribunal para Ruanda, país que viveu um dos piores conflitos étnicos do século XX. O resultado é o texto a seguir transcrito do artigo 8º, "f", do ER:

f) a alínea e do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbios e de tensão internos, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda a conflitos armados que tenham lugar no território de um estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.

Houve, portanto, uma ampliação considerável da noção de conflito armado não internacional. Além dessa modificação, pode-se observar do texto que um conflito prolongado, duradouro, entre autoridades governamentais, entenda-se, forças policiais e forças armadas, pode dar ensejo à configuração de conflito armado, ideia nascida da jurisprudência do ICTY, decorrendo várias consequências, entre elas a possibilidade de cometimento de crime de guerra.

²³² Cf. HAUSER, Denise. *A assistência humanitária perante os novos conflitos armados: a nova ordem mundial e os conflitos armados: el nuevo orden mundial e los conflictos armados*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 131-175. p. 136.

Utilizou-se, nesse caso, terminologia mais ampla daquela utilizada nos tratados, no que se refere, especificamente, ao braço armado do Estado quando figurar como um dos protagonistas desse tipo de conflito, normalmente qualificado no art. 3º Comum e no P2 por forças armadas, cuja noção trataremos a seguir.

Vista a noção de conflito armado, vejamos a definição de crimes de guerra à luz do ER.

Violações graves ao DIH

O ER define os crimes de guerra no artigo 8º fazendo uso da técnica da norma de extensão:

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":
 - a) as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:..

Antes desse dispositivo, o artigo 5º alerta que a competência do Tribunal, para qualquer crime de sua competência, restringe-se a crimes graves, que afetam toda a ordem internacional. Isso quer dizer que casos isolados não se enquadram como da competência do TPI. Somente comportamentos que façam parte de um plano de violação, em larga escala, das garantias estabelecidas pelo DIH podem, de fato, afetar a comunidade internacional.

Diante dessa norma de extensão, teremos crimes de guerra quando uma organização militar, no sentido das Convenções de Genebra, tenha como *plano de ação* no conflito armado a violação sistemática dos tratados de DIH, caracterizando crime de guerra, nesse caso, qualquer das hipóteses elencadas, ainda que se constitua em um único comportamento, por exemplo, o homicídio doloso. Ou então, em caso de violações graves definidas nesse item, não de forma isolada, porém em *larga escala*, ainda que não se evidencie nenhum planejamento destinado à violação dessas obrigações.

Além disso, outro pressuposto do crime de guerra é que tenha sido cometido em uma situação de conflito armado internacional ou não internacional, cujos conceitos já vimos.

O já visto artigo 9º do Estatuto de Nuremberg pela primeira vez descreveu os crimes de guerra e, com isso, impôs a noção de crime internacional em relação a sua prática. É certo,

contudo, que antes os tratados de DIH se referiam à necessidade de punição pelo direito penal no tocante à violação de alguns de seus preceitos, porém do ponto de vista interno, pois ainda não estava delineada a ideia de crime internacional, apenas circunscrita ao crime de pirataria em face do princípio da jurisdição universal.

As Convenções de Genebra de 1949 incorporaram essa noção ao tratar como crime de guerra as violações graves aos seus preceitos. Essas Convenções definiram expressamente que violações importariam na prática de crime de guerra, de forma que consolidaram essa ideia como crime internacional, isto é, que afeta a toda a comunidade internacional, tanto assim, que vinculado à jurisdição universal. Interessante notar que a jurisdição do TPI rompe com a ideia de jurisdição universal, posto que circunscrita ao território dos países que deram adesão ao ER.

Dessa forma, a I Convenção de Genebra, que trata da melhoria das condições dos feridos e dos enfermos das forças armadas em campanha, estabeleceu, no artigo 49, "caput", primeira parte, a necessidade de que cada país parte no tratado criminalize as chamadas violações graves, definidas no artigo seguinte, ao mesmo tempo em que determinou a aplicação do princípio da jurisdição universal, consubstanciado na fórmula **aut dedere aut judicare**, isto é, entregue o réu a quem de direito ou julgue-o:

CAPÍTULO IX

REPRESSÃO DE ABUSOS E INFRAÇÕES

Artigo 49. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a tomar todas as medidas legislativas necessárias para fixar as sanções penais adequadas a serem aplicadas às pessoas que tenham cometido ou dado ordens para que se cometa qualquer uma das infrações graves à presente Convenção, definidas no artigo seguinte.

Cada Parte Contratante tem a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem cometido ou dado ordens para que se cometa qualquer uma dessas infrações grave e de remetê-las a seus próprios tribunais, seja qual for sua nacionalidade. Poderá também, se assim preferir, e segundo as disposições previstas em sua própria legislação, remetê-las para julgamento a uma outra Parte Contratante interessada, desde que esta possua elementos de acusação suficientes contra as referidas pessoas.

Cada Parte Contratante tomará as medidas necessárias para que cessem, além das infrações graves definidas no artigo seguinte, também os atos contrários às disposições da presente Convenção.

Em qualquer circunstância, os acusados deverão sempre se beneficiar de garantias de julgamento regular e de livre defesa, não inferiores às previstas pelos artigos 105 e seguintes da Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

II- Infrações graves. Artigo 50. As infrações graves a que alude o artigo anterior são as que abrangem qualquer dos atos seguintes, quando cometidos contra pessoas ou bens protegidos pela Convenção: o homicídio intencional, a tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o fato de causar intencionalmente

grandes sofrimentos ou de atentar gravemente contra a integridade física ou a saúde, a destruição e a apropriação de bens, não justificadas por necessidades militares e executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária.

A regra vai se repetir em relação às outras 3 Convenções: artigos 50, 51, 129, 130 e 147, 147, respectivamente. Todas essas infrações graves foram tratadas expressamente como crimes de guerra no artigo 8º do ER:

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

a) as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

O Protocolo I, relativo aos conflitos armados internacionais, também prevê violações graves que devem importar em criminalização interna, no extenso artigo 85. O artigo 8º do ER, quando tratou dos crimes de guerra, não se referiu às violações graves ao P1 na forma de norma de extensão. Ora, muitos países não assinaram esse documento, entre eles os EUA, mas é certo que se trata de norma costumeira, que importou na positivação como crime de guerra dessas violações. Assim sendo, estão elencadas na alínea "b" com a seguinte redação: 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:

Entre eles podemos ver, por exemplo, a declaração de que não se dará quartel, artigo 40, P1 - art. 8º, b, xii; ataques indiscriminados, art. 51, 4, P1 - artigo 8º, b, xx; localidades não defendidas, artigo 59, P1- artigo 8º, b, v. Essa conceituação é própria de norma proibitiva complementada pelo tratado.

Outra inovação importante no ER foi a tipificação de crimes de guerra em situação de conflito armado não internacional, cujo marco histórico foi a jurisprudência do Tribunal para ex-Iugoslávia e, logo a seguir, o Estatuto do Tribunal de Ruanda. A noção de crimes de guerra sempre esteve vinculada às violações graves, cuja previsão até hoje só existe nos tratados de DIH sobre conflitos armados internacionais. O artigo 3º comum, tampouco o P2 tratam de violações graves. Foram então essas hipóteses estendidas aos conflitos não internacionais por força de jurisprudência do tribunal para a ex-Iugoslávia.

O *leading case* foi o julgamento de um agente de Polícia Sérvio chamado Tadic.²³³ O Estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia, seguindo a tradição de Nuremberg, enumerava como crime de guerra as hipóteses de violação grave nas Convenções de Genebra e referidas aos conflitos internacionais. Mas este conflito não nasceu com essa natureza. Assim dispõe o artigo 3º :

Art. 3º

Violações das leis e costumes da guerra

O Tribunal Internacional terá competência para julgar as pessoas que violarem as leis ou os costumes da guerra. Tais violações incluem, mas não se limitam a:

- a) Emprego de armas tóxicas ou outras concebidas com o objetivo de causar sofrimentos inúteis;
- b) destruição sem motivo de cidades, vilas e povoações ou devastação não justificadas pelas exigências militares;
- c) Ataque ou bombardeamento, por qualquer meio, de cidades, vilas, habitações ou construções não defendidas;
- d) Confisco, destruição ou danificação deliberada de edifícios consagrados ao culto, à beneficência e ao ensino, às artes e às ciências, monumentos históricos, obras de arte e de caráter científico;
- e) Pilhagem de bens públicos e privados.

Já o artigo 5º, quando trata de crimes contra a humanidade, faz expressa vinculação às hipóteses de conflito armado internacional ou nacional.

Com assevera José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, o conflito armado da ex-Iugoslávia iniciou-se como um conflito interno embora com aplicação de normas sobre conflitos internacionais. Citando A. Mangas Martín, afirma que:

²³³ Nesse sentido, Roberta Arnold: "The first time that the issue of the applicability of the grave breaches provisions to non-international conflicts was raised was in the *Tadic* Jurisdiction case. The Trial Chamber (TC) held that article 2 of the ICTY Statute, which provides for the repression of grave breaches, did not necessarily require an international context in order to be applicable. It argued that the reference to the GC was merely intended to guarantee the customary nature of the norm, without thereby *importing into the Statute the whole of the terms of the Conventions, including the reference in common article 2 of the Geneva Conventions to international conflicts*. However, as correctly observed by the Appeal Court (AC), a literal and systematic reading of the provision does not support this view. As indicated by secretary General in his report, it was not the intention of the security Council (SC) to create new law by establishing the tribunal..." Cf. ARNOLD, Roberta. The development of the notion of war crimes in non-international conflicts through the jurisprudence of the UN ad hoc tribunals. *Humanitäres Völkerrecht*, n. 3, p. 134-142, 2002. p.136.

NT Autor: Em artigo publicado na referida revista, porém no vol. 18 2/2005, p. 121, fizemos referência à decisão que deu ensejo à extensão do conceito de conflito armado não internacional, que, sem dúvida, serviu de suporte para a extensão do conceito de crime de guerra a essa hipótese: "An armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or **protracted** armed violence between governmental authorities and organised groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under control of a party, whether or not actual combat takes place there".

“en su inicio – Eslovenia y Croacia (1991) – fue un conflicto armado interno, aunque ya fueran de aplicación los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, por acuerdo de las partes en conflicto, que hicieron uso del artículo 3 común a los citados Convenios que permiten la aplicación de normas que otorguen mayor protección a las víctimas de un conflicto armado interno”.²³⁴

Anota o citado autor que as primeiras resoluções da ONU, de fato, trataram como conflito armado não internacional, mas logo reconheceu-se a independência da Eslovênia e da Croácia, além do ingresso das forças da ONU, acrescida da desintegração do estado federal. No auge do conflito, afirma, era possível identificar seis exércitos em litígio. Após descrever o conflito, concluiu que ... *la guerra de Bósnia es un conflicto armado internacional disfrazado de guerra civil*. Na verdade, tem-se a hipótese de um conflito interno que se internacionalizou. Como não reconhecer a extensão do conceito de crime de guerra em uma situação dessa ordem? Dentro de um quadro de conflito tão complexo faz sentido ainda o apego à distinção entre as duas hipóteses de conflito armado? Parece que não, e o ER absorveu essa ideia.

Mas convém observar que assim agindo o ICTY, na verdade, ingressou no mesmo caminho de Nuremberg, isto é, criou uma incriminação *ex post facto*, em total violação do princípio da legalidade penal, contrariando o Conselho de Segurança, que certamente não desejava a inovação do direito internacional no pertinente, principalmente através de jurisprudência por ser motivo que reforça a crítica aos tribunais **ad hoc**. Acaso fosse desejo de a comunidade internacional incrementar as hipóteses de crimes de guerra, isso teria sido feito através de alterações nas Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais. Por melhores que fossem as intenções dos julgadores, essa decisão não está adequada ao direito penal liberal.

Para melhor compreensão da responsabilidade do comandante nos crimes da competência do TPI, faz-se necessário ainda esclarecimento sobre alguns conceitos de DIH ínsitos no artigo 8º, tais como: forças armadas, combatentes, prisioneiros de guerra, enfim, pessoas e bens protegidos, além de meios e métodos de combate, haja vista que alguns deles não tiveram o seu alcance definido em norma autoexplicativa e se constituem, portanto, em matéria proibitiva ou conceituação fora da norma penal incriminadora.

Forças Armadas, combatentes e prisioneiros de guerra.²³⁵

²³⁴ Cf. PRIETO, José Luis Rodríguez-Vilasante. Aplicación del Derecho Internacional Humanitario em el conflicto de Bósnia-Herzegovina. *Revista española de Derecho Militar*, n. 65, p. 307- 387, ene.-jun. 1985. p. 309-311.

²³⁵ É extensa a doutrina em torno do assunto, de modo que não é possível nesse trabalho fazer um estudo aprofundado do tema, tendo se optado por um resumo adequado ao estudo do DIPen. Entretanto, para melhor entendimento do tema e dos próximos desse capítulo, no concernente à proteção de pessoas, de bens e restrições aos meios e métodos de combate.

São conceitos de DIH que se entrelaçam, referidos aos conflitos armados internacionais e que fornecem conceitos para a incriminação em alguns tipos do artigo 8º do ER.

O conceito de força armada, seguindo o tratamento dispensado nas Convenções de Genebra, não necessariamente coincide com o do ponto de vista formal como acontece, por exemplo, com o tratamento jurídico das FFAA brasileiras na nossa Constituição ou de qualquer outro país.

E essa é uma regra quem vem desde quando era admissível o "jus ad bellum" como recurso à guerra agressiva.²³⁶ O conceito de prisioneiro de guerra, por sua vez, vincula-se ao conceito de força armada: são prisioneiros de guerra os membros das forças armadas, com a conceituação do artigo 4º da III Convenção de Genebra de 1949 complementada pelo artigo 43 do P1, cuja redação é muito extensa, razão pela qual não transcreveremos o dispositivo na

Cf. KALSHOVEN, Frits; ZEGVELD, Liesbeth. *Constraints on the waging war*. 3. ed. Geneva: ICRC, 2001. 223 p. p. 87

Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 500p. p. 195-235.

Cf. GREEN, L. C. *The contemporary law of armed conflict*. 2. ed. Manchester: Manchester University, 2000. 393 p. p. 102-121; 196-214.

²³⁶ À primeira vista, nas Convenções de Genebra de 1929, força armada e combatente eram, em princípio, apenas os integrantes dos corpos militares institucionais das nações, como se vê do artigo 1º da Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra de 1929 está dito:

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

1) A presente Convenção aplicar-se-á, sem prejuízo do estipulado no Título VIII; anexo à Convenção da Haia relativa às leis e costumes de guerra, de 18 de outubro de 1907, e capturados pelo inimigo

2) A todas as pessoas pertencentes às forças armadas das partes (grifo nosso) capturadas pelo inimigo no decurso das operações de guerra marítimas ou aéreas, salvo as derrogações que as condições dessa captura tornem inevitáveis. Todavia, essas derrogações não deverão ir de encontro aos princípios fundamentais da presente Convenção; elas acabarão desde o momento em que as pessoas capturadas entrem num campo de prisioneiros de guerra.

Mas esse dispositivo remete ao regulamento relativo às leis e costumes da guerra terrestre da Haia, de 18 de outubro de 1907, ainda em vigor, que considera como força armada corpos voluntários, desde que reúnam as seguintes condições:

Capítulo I

Calidad de beligerante

Art. 1º. Las leyes, los derechos y los deberes de la guerra no se refieren solamente al ejercito sino también a las milicias y a los Cuerpos de voluntários que reúnam las condiciones siguientes:

1. Tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos;
2. tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia;
3. Llevar las armas ostensiblemente;
4. Sujetarse em sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra.

O integrante de força armada ou dos grupos acima enumerados, bem como os habitantes de território invadido que lutassem contra o inimigo, artigo 2º, tinham direito ao estatuto de prisioneiro de guerra estabelecido pela respectiva Convenção de 1929.

íntegra. Em apertada síntese, força armada é o conjunto de organizações militares do Estado, definidas formalmente pela ordem jurídica interna e grupos de voluntários em campanha, desde que preencham determinadas regras, como apresentar-se no confronto ostensivamente com armas, tenham sinais distintivos e visíveis e comando responsável pelos seus atos. Os integrantes das forças armadas, à exceção do pessoal sanitário e religioso, são combatentes e podem participar do conflito. Caso caiam em poder do inimigo, serão considerados prisioneiros de guerra. Também têm direito às prescrições da III Convenção de Genebra, desde a Convenção de Haia de 1907, os membros da população que tomem armas para combater a invasão do inimigo e não tiveram tempo de se organizar em uma força armada, desde que preenchidas as regras acima.

Mesmo dentro de uma conceituação ampla de força armada que, como visto, poderia considerar o guerrilheiro como combatente e, portanto, prisioneiro de guerra, quem não estivesse dentro desse conceito poderia, antes da III Convenção de Genebra de 1949, ser automaticamente fuzilado se encontrado em confronto. Foi o que aconteceu na Segunda Guerra Mundial com vários guerrilheiros e com os chamados comissários do Partido Comunista que atuavam dentro do Exército Vermelho. Por esses fuzilamentos houve condenação de comandantes alemães pela prática de crime de guerra em total contrariedade ao direito internacional da época, típica aplicação de lei penal *ex post facto*.

Hoje, ainda que permaneça na essência a mesma conceituação supra do artigo 4º da III Convenção de Genebra e do artigo 43 do P1, quem não se enquadre como combatente não pode ser sumariamente fuzilado. Primeiro porque o artigo 5º GIII determina que, na dúvida, aquele que cair em poder do inimigo durante o conflito tem direito ao estatuto de prisioneiro de guerra:

Art. 5º ...

Se houver dúvida quanto ao enquadramento em uma das categorias enumeradas no artigo 4º de pessoas que tiverem cometido um ato beligerante e caírem em poder do inimigo, tais pessoas se beneficiarão da proteção deste Convênio, aguardando que um tribunal competente determine seu estatuto.

Além disso, o artigo 45, parágrafo 3º e 75, do P1 proíbe o fuzilamento sumário de quem seja surpreendido em luta armada sem ser combatente ou integrante de força armada. Isso só pode acontecer por força de um julgamento imparcial:

Artigo 75- Garantias fundamentais:

1. São e permanecerão proibidos em qualquer momento ou lugar, quer sejam cometidos por agentes civis quer por militares, os atos seguintes:

i) assassinio;

O artigo 8º considera como crimes de guerra, especificamente, a prática dos seguintes comportamentos contra prisioneiros de guerra e combatentes:

Art. 8º

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

a) as violações graves às Convenções...

v) o ato de compelir um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;

vi) privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;

b) outras violações ...

vi) matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido;

xi) matar ou ferir pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo;

xxvi) recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

Em caso de conflito armado não internacional, considerou-se como crime de guerra a morte à traição de combatentes, artigo 8º, e), ix), e o ato de compelir menores de 15 anos a integrarem a força armada, artigo 8º, e), vii.

A morte à traição é caso de perfídia, cuja conceituação jurídica vem definida nos artigos 37 a 39 do P1, mas já constava do regulamento para guerra terrestre de Haia, de 1907, artigo 23, b. O artigo 8º também criminaliza a perfídia no parágrafo vii) da letra b) qual seja: utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves. Diz o artigo 37 P1:

Proibição da Perfidia-

1. É proibido matar, ferir ou capturar um adversário recorrendo à

Perfidia. Constituem perfídia os atos que apelem, com intenção de enganar, à boa-fé de um adversário para lhe fazer crer que tem o direito de receber ou a obrigação de assegurar a proteção prevista pelas regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados...

Dentre essas situações, rigorosamente, deveriam ser consideradas como crime de guerra, porque reconhecidas como violação grave no artigo 85, parágrafo, 3º, f), somente o comportamento de: "utilizar perfidamente, em violação do artigo 37, o sinal distintivo da Cruz Vermelha, ou do Crescente Vermelho ou outros sinais protetores reconhecidos pelas Convenções e pelo presente Protocolo.

Vê-se, portanto, que o artigo 8º, no pertinente, não se vinculou a consideração de violação grave na dicção do DIH para tratar o comportamento como criminoso, típico caso em que a norma penal se tornou, portanto, constitutiva.

A norma penal do artigo 8º foi ainda mais constitutiva ao estender a conceituação ampla de perfídia para a hipótese de conflito armado não internacional, e também quando ao se referir a combatente, categoria inexistente nessa modalidade de conflito, que também desconhece a figura do prisioneiro de guerra. Aliás, o artigo 8º foi ainda muito mais ousado ao criar hipóteses de crime de guerra em conflito não internacional, sem nenhum amparo nos acordos de DIH em vigor, como já assinalamos.

Pessoas e bens protegidos

Os acordos de DIH tiveram como preocupação primeira a proteção dos prisioneiros de guerra, bem como dos feridos e dos enfermos, ou seja, todos aqueles que estivessem fora de combate, porém com direito de participar do conflito e receber, por essa razão, proteção das normas que limitavam o uso da força. O Regulamento relativo às leis e aos costumes da guerra terrestre de 1907 dedica-se primordialmente aos prisioneiros de guerra. Quanto aos feridos e enfermos, no artigo 21, remete o seu tratamento à Convenção de Genebra. Trata-se da Convenção para melhoramento das condições dos feridos do exército em campanha, de 1864.

Por óbvio que a preocupação com os feridos, enfermos e náufragos estendia-se às pessoas, organizações e seu patrimônio destinados à referida proteção, vale dizer, pessoal médico, aí incluindo-se enfermeiros e outros profissionais ligados à saúde, também pessoal religioso e todo o patrimônio destinado a essas atividades, desde que, por óbvio, não se fizesse dele mal uso, ou seja, a utilização do *status* de proteção como escudo para facilitar operações militares, comportamento que caracteriza perfídia, no sentido hoje empregado. Dizia o artigo 27 da Convenção de Haia de 1907:

Art. 27 En los sitios y bombardeos se tomarán todas las medidas necesarias para favorecer, en cuanto sea posible, los edificios destinados al culto, a las artes, a las ciencias, a la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares em donde estén asilados enfermos y heridos, a condición de que no se destinen para fines militares.

Também existia preocupação quanto à população civil, como se pode mesmo ver do artigo acima, mas não com o nível de detalhamento que se tem hoje, o que se explicava porque nessa época o envolvimento da população civil era menor do que nas disputas atuais. Entretanto,

o artigo 25 do referido regulamento já dispunha: “Es prohibido atacar o bombardear, cualquiera que sea el médio que se emplee, ciudades, aldeas, habitaciones o edificios que no estén defendidos”.

O art. 27 acima citado foi o primeiro dispositivo de proteção dos bens culturais, que vai se tornar específico a partir do Convênio sobre a proteção das instituições artísticas e científicas e dos monumentos históricos, de Washington, em 15 de abril de 1935. Posteriormente, foi detalhada, após a Segunda Guerra Mundial, na Convenção de Haia de 1954, quando então se definiu o que se deve entender por bens culturais e sua forma de proteção, inclusive sinais de sua proteção.

A violação desses preceitos não impunha punição criminal, a não ser quanto à Convenção de Haia de 1954 sobre bens culturais, acordada após a Segunda Guerra Mundial. Após a Segunda Guerra Mundial, a previsão de resposta penal às violações graves se tornaram caminho sem volta nos tratados de DIH, vale dizer, as 4 Convenções de Genebra e o Protocolo Adicional 1, que dispuseram de forma mais eficiente a proteção da população civil. Vejamos como foi essa evolução:

A Convenção de Haia de 1907, no artigo 3º, estabelecia tão somente a obrigação de indenizar por parte do Estado, tema que já abordamos no capítulo 2 : “La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho reglamento estará obligada a indenminazación, se fuere el caso, y será resonsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.”.

Em 1880, o Instituto de Direito Internacional foi instado a redigir um esboço de Convenção sobre direito de guerra terrestre; pela primeira vez fez-se referência à possibilidade de sanção penal em face da violação de seus preceitos com uma prematura referência ao princípio da jurisdição universal.

PART III- PENAL SANCTION

If any of the foregoing rules be violated, the offending parties should be punished, after a judicial hearing, by the belligerent in whose hands they are.

Art. 84. Offenders against the laws of war are liable to the punishments specified in penal law.

De lege lata, a Convenção de Genebra de 1929, relativa a feridos e enfermos foi quem pela primeira vez previsão sobre a necessidade de punição em legislação penal dos infratores de

seus preceitos no artigo 29. Nada mais natural, pois foi erigida após o fim da Primeira Guerra Mundial, quando se tentou processar o Imperador Guilherme II e alguns oficiais de exército alemão, e já estava formada a consciência de que meras reparações civis não seriam suficientes para fazer valer os princípios do direito internacional dos conflitos armados.

Artigo 29

Os governos das Altas Partes contratantes tomarão ou proporão igualmente às suas legislaturas, em caso de insuficiência das suas leis penais, as medidas necessárias para reprimir, em tempo de guerra, todo ato contrário às disposições da presente Convenção.

Trocarão entre si, por intermédio do Conselho Federal suíço, as disposições relativas a essa repressão, o mais tardar em cinco anos a partir da ratificação da presente Convenção.

As Convenções de Genebra de 1949 condensaram o direito protetor, comumente chamado de direito de Genebra e trataram, respectivamente, dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha; feridos, enfermos e náufragos no mar, prisioneiros de guerra e civis. Todas elas fazem previsão de violações graves que importam na tipificação de crime de guerra. A população civil praticamente não tinha nenhuma proteção contra a guerra aérea vertical, palco de atrocidades sem precedentes durante a segunda grande guerra. O único documento existente eram as regras de guerra aérea redigida por juristas em dezembro de 1922 em Haia, porém não foram aprovadas como obrigatórias, além do que não fazia previsão de incriminação penal em face da violação de seus preceitos. O resultado foram os catastróficos bombardeios que atingiram cidades do lado dos aliados e das potências do eixo. Quanto à guerra marítima, de fato, a Convenção de Haia, de 18 de outubro de 1907, relativa ao bombardeio por forças navais, estabelecia, no artigo 5º, a proibição de bombardeio de áreas civis que não se constituíssem em objetivo militar:

Art. 1. Es prohibido bombardear por fuerzas navales los puertos, ciudades, aldeãs, habitaciones o edificios que no estén defendidos.

Uma localidad no puede ser bombardeada por el solo hecho de que ante su puerto se encuentren ancladas minas submarinas de contacto.

Mas as disposições dessa Convenção não faziam previsão de obrigatoriedade de punição criminal em face das violações de seus preceitos e, além do mais, vinha contaminada com a cláusula *si omnes*:

Art. 8. Las disposiciones de la presente Convención no son aplicables sino entre las Potencias Contratantes y solo em el caso em que los beligerantes sean todos partes em la Convención.

No mesmo sentido o artigo 2º da Convenção de Haia de 1907 sobre guerra terrestre e o artigo 2º da Convenção de Haia de 1899, também sobre guerra terrestre:

Art. 2. The provisions contained in the Regulations mentioned in Article 1 are only binding on the Contracting Powers, in case of war between two or more of them.

These provisions shall cease to be binding from the time when, in a war between Contracting Powers, a non-Contracting Power join one of the belligerents

A presença de países que não assinaram alguns diplomas de DIH fez favorecer, na Segunda Guerra Mundial, a selvageria sem medida na história, resultando em 40 milhões de mortos e nenhum respeito à população civil.

Hoje, com as Convenções de 1949, no artigo 2º comum, última parte, vige o contrário:

Art. 2. ...

Se uma das Potências em conflito não for Parte estarão de qualquer forma ligadas pela referida Convenção, as Potências que nela são Parte estarão de qualquer forma ligadas pela referida Convenção, em suas relações recíprocas. Ficarão, por outro lado, ligadas por esta Convenção à referida Potência, se esta aceitar aplicar suas disposições.

Além disso, dispõe o artigo 52, cuja regra se repete nas demais Convenções, que o cometimento de violação grave pelo inimigo não é motivo para que a Parte se desobrigue em relação a essas regras:

Art. 52. Nenhuma Alta Parte Contratante poderá desobrigar-se a si própria nem desobrigar uma outra Parte Contratante das responsabilidades contraídas por si mesma ou por outra Parte Contratante, em razão das infrações previstas no artigo anterior.

O Protocolo Adicional nº 1 ampliou ainda mais a proteção à população civil, pessoal sanitário e religioso, seus equipamentos, bens culturais e civis, como também das sociedades de socorro. Condensou o Direito de Genebra e de Haia, mas sem revogar as suas disposições, e ampliou as regras referentes aos meios e métodos de combate que veremos a seguir.

Meios e métodos de combate:

As regras referentes aos meios e métodos de combate foram as primeiras a serem editadas em matéria de direito internacional dos conflitos armados. Essas regras se constituíam no direito de Haia, cujas violações não tinham previsão de incriminação, o que só aconteceu pós Segunda Guerra Mundial, razão pela qual muitas definições contidas nesses tratados em relação ao artigo 8º do ER podem ser classificadas como elementos normativos.

Meios:

Alguns desses Tratados referem-se à utilização de armas, que é a incriminação dos meios ilícitos. Por exemplo, a Declaração de São Petesburgo de 1868, com o objetivo de proibir o uso de determinados projéteis em tempo de guerra; a Convenção de Haia, de 29 de julho de 1899, que proíbe o emprego de balas que se expandem ou achatam facilmente. São as chamadas

munições "Hollow Point". O ER fez previsão da sua utilização como crime de guerra no artigo 8º b) 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". Tais munições são de choque e apropriadas para o trabalho policial. Não tem sentido a previsão desse comportamento como crime de guerra. Melhor teria sido criminalizar o uso de munição com urânio empobrecido, como aconteceu na guerra do Iraque, de conhecidas consequências deletérias.

Inexplicável a não incriminação da utilização de minas antipessoal e armas químicas, objeto de acordo internacional, que importou até mesmo em criação de tipo penal no nosso direito interno, como se vê, respectivamente, das Leis nº 10.300, de 31 de outubro de 2001 e nº 11.254, de 27 de dezembro de 2005.

A punição de meios ilícitos refere-se ao artigo 8º, b), incisos xvii a xx. Nesses casos, temos norma penal em branco, cujos conceitos de meios ilícitos a importar em punição como crime de guerra estão previamente definidos em tratados específicos.

Métodos:

Todos os demais incisos referem-se a métodos proibidos, cujas regras estão condensadas no P1. O art. 37 do P1 trata da regra básica sobre método de combate, como referido por Frits Kalshoven e Liesbeth Zegveld.²³⁷

"Part III, Section 1, of Protocol I gathers under this single heading, several topics which in chapter III were dealt with under the separate headings of "means of warfare" and "methods". The merging is apparent in Article 35 (basic rules), which repeats two existing principles of the law of the Hague and adds one new principle, each time adding the term "methods" to the classical limitations on "means" of warfare:

1. In any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited.
2. It is prohibited to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering.
3. It is prohibited to employ methods or means of warfare which are intended or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment.

O objetivo primordial é proteger a população civil. Em relação aos combatentes, impedir a perfídia. No primeiro aspecto, o P1 limita a ação militar aos objetivos militares, que, por exclusão, são aqueles que não são considerados civis, como se vê dos artigos referentes aos

²³⁷ KALSHOVEN, Frits; ZEGVELD, Liesbeth. *Constraints on the waging war*, 3a ed.. Geneva: ICRC, 2001, 223 p. p. 91.

capítulos II e III. Quanto aos combatentes, não podem ser atacados os feridos, náufragos, enfermos, ou seja, todos os que estejam fora de combate, além da proibição de perfídia.

Lyal S. Sunga detalha todos os dispositivos sobre meios e métodos de combate a que se referem os tipos do artigo 8º e faz uma observação importante sobre a possibilidade de superposição de normas, que deve ser evitada, sob pena de violação da proibição de **bis in idem** e, portanto, do princípio da legalidade, e fornece um exemplo: "...se um artefato militar aéreo for lançado de um estado contra uma vila desprotegida no território de outro Estado portando o denominado "agente laranja", isto pode constituir violação aos subparágrafos (i), (ii), (iv), (v) e (xvii) do art. 8 2 (b), assim como os subparágrafos (iii) e (iv) do art. 8 (2) (a)".²³⁸ Evidente que as disposições penais deveriam ter sido melhor sistematizadas, até porque os futuros intérpretes, em sua grande maioria, desconhecem essas normas encontradas em muitos tratados internacionais, principalmente o Protocolo 1.

Com esse apêndice espera-se ter aclarado alguns conceitos não previamente esclarecidos no ER, cuja leitura facilitará a compreensão do nosso trabalho. Como dito no início, o ingresso do ER no direito brasileiro será feito através de lei penal especial, implicando, inclusive, em alterações no CPM. A maioria dos operadores do direito penal brasileiro desconhece o conteúdo dos tratados de DIH, mas que em breve terão tutela penal perante o nosso ordenamento jurídico. Não será um direito penal desconhecido, a não ser quanto aos conceitos próprios do DIH, porquanto reafirmará valores existentes na nossa ordem jurídica, constitucional e infraconstitucional.

²³⁸ Cf. SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 191-211. 308p. p. 91.p. 213.