
As inconsistências do direito penal internacional e a responsabilidade criminal

Ana Luiza Flauzina

Professora adjunta da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora pela American University Washington College of Law.

Rafaela Seixas Fontes

Primeira secretária na Embaixada do Brasil no Cairo. Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Resumo: Este artigo tem por objetivo problematizar a mitigação do princípio da culpabilidade no direito penal internacional, focando na observação dos julgados de genocídio, por meio da análise da evolução da aplicação das teorias da *joint criminal enterprise* (JCE), da responsabilidade de comando e do controle sobre o crime (*control over crime* – COC). A consideração de julgados internacionais de genocídio revela que o direito penal internacional padece dos mesmos problemas do direito penal interno, como a seletividade, a estigmatização, a reprodução e a perpetuação das desigualdades raciais.

Palavras-chave: Genocídio. Racismo. Direito penal internacional. Tribunal Penal Internacional. Responsabilidade criminal.

Sumário: Introdução. 1 A legitimidade do direito penal internacional e a responsabilidade criminal individual. 2 Teorias de mitigação da culpabilidade: *joint criminal enterprise* e responsabilidade de comando. 3 O “controle do crime” na jurisprudência do TPI. 4 Conclusões. Referências.

Submissão: 26/09/2022

Accepte: 28/09/2022

Introdução

Os desenvolvimentos do direito internacional e das suas instituições fundamentais no pós-Segunda Guerra Mundial são reconhecidos como uma resposta direta ao desejo da comunidade internacional “de conter a violência do Estado e proteger os mais vulneráveis” (VAN SCHAACK; SLYE, 2007, p. 224). Esse movimento tem sido caracterizado pela criação de mecanismos de proteção de indivíduos em relação a violações perpetradas por Estados e outros atores da comunidade internacional, assim como de imputação de responsabilidade àqueles indivíduos que infringem as normas (RATNER; ABRAMS, 2001).

Do ponto de vista legal, o estabelecimento de tais responsabilidades e proteções deu origem a quatro corpos centrais do direito no sistema internacional: o direito internacional dos direitos humanos¹, o direito internacional humanitário², o direito

¹ O direito internacional dos direitos humanos “se refere ao corpo de direito internacional que visa proteger a dignidade humana do indivíduo” (RATNER; ABRAMS, 2001, p. 10). Aprovada em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o documento mais importante que regula as obrigações quanto ao respeito pelos direitos humanos. Para uma discussão sobre a evolução do direito internacional dos direitos humanos em geral, ver Steiner, Alston e Goodman (2008).

² O direito internacional humanitário refere-se às normas legais de conflitos armados. A Convenção de Genebra, com seus quatro tratados e três protocolos adicionais, constitui o instrumento central neste campo. Para uma discussão sobre o direito internacional humanitário, ver Kahlshoven e Zgveld (2011).

internacional dos refugiados³ e o direito penal internacional⁴. Com ganhos em termos de responsabilidade do Estado ligados à regulamentação do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário e do direito internacional dos refugiados, o direito penal internacional foi primordialmente concebido para lidar com a questão da responsabilidade individual.

A recepção dos princípios liberais no direito penal internacional é, entretanto, uma tarefa difícil, pois aqui a incumbência de “combater a impunidade” e demonstrar o repúdio da comunidade internacional ao genocídio, aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade parece sobrepor-se às exigências de responsabilidade individual, tão caras ao direito penal moderno. Dessa forma, tem-se como desafio o respeito ao princípio da culpabilidade, que foi historicamente mitigado pelas teorias da empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise* – JCE) e da responsabilidade de comando. Embora a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional (TPI) tenha evoluído, por meio da adoção da teoria do “controle do crime”

³ O direito internacional dos refugiados refere-se ao conjunto de regras relativas à proteção dos indivíduos que procuram asilo contra a perseguição e são considerados refugiados. A Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e seu protocolo adicional, de 1967, são os mais importantes instrumentos legais que regulam estas questões. Para uma discussão sobre o direito internacional dos refugiados, ver Simeon (2010).

⁴ O direito penal internacional surgiu como uma resposta da comunidade internacional ao genocídio praticado contra os judeus na Segunda Guerra Mundial, embora seu corpo de normas jurídicas tenha como principal marco o Estatuto de Roma (ICC, 2011), o qual instituiu o Tribunal Penal Internacional. Este, por sua vez, foi estabelecido com o intuito de desafogar o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) da responsabilidade de instituir e manter tribunais penais *ad hoc*.

(*controlover crime* – COC), para diferenciar autoria de participação e afirmar a necessidade de dolo direto para a execução dos crimes previstos no Estatuto de Roma, ainda é incerto o alcance real dessa jurisprudência nos julgados vindouros.

Todas essas dificuldades e inconsistências da criminalização primária do direito penal internacional são postas em prática em uma criminalização secundária que padece dos mesmos problemas do direito penal interno: seletividade, estigmatização, reprodução e perpetuação das desigualdades raciais. Não por acaso, todas as pessoas condenadas e até agora julgadas pelo TPI, desde sua criação em 2002, têm sido negros africanos, em sua quase totalidade negros⁵. Apesar de, entre 2016 e 2022, a promotoria do TPI ter aberto investigações em países não africanos⁶, a sobrerrepresentação de réus negros é uma característica da seletividade racista na criminalização secundária promovida pelo TPI e que não deve ser negligenciada.

⁵ Desde sua criação, de acordo com informações disponíveis no site oficial da Corte, o TPI teve competência sobre 31 casos e proferiu 38 mandados de prisão. Foi apenas a partir de 2016, quatorze anos após sua criação, que a promotoria do TPI iniciou a investigação de casos de sua competência fora do continente africano, embora ainda não os tenha julgado. Até o presente momento, todos os julgados pelo tribunal – réus, condenados ou absolvidos – são cidadãos africanos, sendo 46 homens e uma mulher.

⁶ Atualmente, apenas 7 investigações conduzidas pela promotoria do TPI se referem a crimes ocorridos em países não africanos: Ucrânia (2022), Venezuela (2018), Filipinas (2021), Afeganistão (2020), Bangladesh/Myanmar (2019), Palestina (2021) e Georgia (2016). Nenhuma dessas investigações foi, até o presente momento, confirmada como uma relação processual penal internacional.

Diante desse quadro, este artigo tem por objetivo problematizar a mitigação do princípio da culpabilidade no direito penal internacional, focando na observação dos julgados de genocídio por meio da análise da evolução do emprego das teorias da JCE e da responsabilidade de comando no direito penal internacional (tribunais *ad hoc* para Iugoslávia e Ruanda e o TPI), e a discussão da teoria do COC por meio da análise da jurisprudência recente do TPI no caso Lubanga (ICC, 2012), condenado por crimes de guerra, e no caso Katanga (ICC, 2014), condenado por crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

1 A legitimidade do direito penal internacional e a responsabilidade criminal individual

A imputação de responsabilidade criminal individual, celebrada como o traço distintivo do direito penal moderno, tem identificação umbilical com a criminalização do genocídio por ter sido pronunciada pela primeira vez nas Cartas de Nuremberg e Tóquio (BASSIOUNI, 2003). Desde então, sua importância foi confirmada e reforçada em vários casos, como na criação dos tribunais *ad hoc* e, mais recentemente, no Estatuto de Roma (BASSIOUNI, 2003).

Como assevera o Estatuto de Roma, em seu art. 25, sobre a responsabilidade criminal individual:

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.
2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:
 - a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
 - b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
 - c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;
 - d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:
 - i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
 - ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;
 - e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;
 - f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.
4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional (BRASIL, 2002)⁷.

A resposta penal definitiva para os indivíduos responsabilizados pela perpetração de genocídio é justificada por metas ambiciosas. No nível mais geral e previsível, a ideia é “desafiar

⁷ O Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e o promulgou por meio do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

a impunidade” (HUMPHREY, 2003, p. 495), responsabilizando os autores dos delitos (HUMPHREY, 2003). De uma perspectiva mais específica, os processos também devem levar ao caminho para a promoção da “paz, restaurando a autoridade da lei, a justiça e os direitos individuais após atrocidades em massa” (HUMPHREY, 2003, p. 497), bem como prevenir a repetição das violações dos direitos humanos. Há também uma preocupação especial em fazer o julgamento desempenhar um “papel pedagógico e documental” (DARCY, 2007, p. 402). Neste contexto, o slogan “não há paz sem justiça” – tomando a justiça fundamentalmente como o recurso para uma resposta legal formal – parece ser a peça mais importante na promoção desta resposta específica às atrocidades genocidas (VAN SCHAACK; SLYE, 2007).

O recurso à responsabilidade criminal individual como a principal via para abordar a questão do genocídio tem de ser cuidadosamente analisado. Aqui é importante considerar os limites intrínsecos do direito penal internacional no estabelecimento de uma base mínima de legitimidade. De fato, a partir da perspectiva que privilegia as decisões “técnicas” dos tribunais ou de outra que sinalize para a administração da justiça internacional, a legitimidade parece se destacar como a peça que falta nesta disciplina. Como Danner e Martinez apontam no palco do direito internacional: “instituir a legitimidade dos procedimentos penais internacionais coloca o desafio mais crítico para os tribunais internacionais” (DANNER; MARTINEZ, 2005, p. 97).

Na falha previsível da busca por encontrar alguns fundamentos “racionais” e “objetivos” no campo, o discurso oficial sinaliza a adesão aos princípios liberais do direito penal (ROBINSON, 2008). A finalidade de tal filiação filosófica está ligada à necessidade de divorciar o direito penal internacional da imagem de um sistema puramente autoritário (ROBINSON, 2008). Se os desafios para seguir premissas liberais com os postulados da legalidade, culpabilidade e proporcionalidade, já estão presentes no cenário nacional, ganham outro nível de complexidade quando transplantados para o contexto internacional (ROBINSON, 2008). A recepção dos princípios liberais neste domínio é uma tarefa difícil devido ao fato de o direito penal internacional derivar de três tradições jurídicas distintas: o direito internacional humanitário, o direito penal nacional e a justiça de transição (DANNER; MARTINEZ, 2005).

Embora esses marcos legais compartilhem premissas importantes, eles também geram tensões e contradições, ao passo que influenciam os princípios do direito penal internacional (DANNER; MARTINEZ, 2005). Visivelmente, a tarefa mais difícil da disciplina é conciliar as rigorosas exigências legalistas de um modelo de direito penal com as exigências morais decorrente dos campos dos direitos humanos internacionais e do direito humanitário (DANNER; MARTINEZ, 2005).

A questão principal deriva do fato de que, na arena do direito penal internacional, o papel tradicional de defensores dos direitos humanos, que historicamente trabalham para proteger os direitos dos réus, desloca-se para um papel mais *promotorial*, protegendo

as vítimas de tragédias de direitos humanos via punição de seus supostos agressores (ROBINSON, 2008). Na prática, a importação de interpretações internacionais das leis de direitos humanos pelo campo do direito penal internacional resultou na mitigação dos princípios liberais e no avanço do *retributivismo* na forma como a justiça penal internacional é exercida.

No centro desta batalha entre tecnicidades do direito penal e a moral humanitária, o respeito pelo princípio da culpabilidade é um dos desafios mais evidentes. No que diz respeito a essa questão em particular, a orientação da legislação de direitos humanos em direção à responsabilidade do Estado, que exige padrões mais baixos de prova, parece contaminar os estritos limites impostos pela responsabilidade criminal individual (DANNER; MARTINEZ, 2005). O número limitado de acusados que são realmente levados a julgamento acentua a tendência de puni-los de forma exemplar. Este tipo de raciocínio contribui para a consolidação de uma jurisprudência que incorpora as exigências morais dos direitos humanos e atenua os limites impostos pela culpabilidade criminal. Como Darryl Robinson (2008, p. 935-936) ressalta:

[...] o liberalismo dos direitos humanos produz um sistema penal que é cada vez mais autoritário em seu desprezo por princípios de restrição, e corre o risco de usar o acusado como um objeto em um exercício didático, em vez de respeitar a autonomia e a justiça.

2 Teorias de mitigação da culpabilidade: *joint criminal enterprise* e responsabilidade de comando

Historicamente, nas rotinas diárias dos tribunais internacionais, o tom retribucionista se traduz em práticas legais que são severamente criticadas. Duas das doutrinas mais polêmicas que sustentam esse tipo de prática são as teorias de responsabilidade conhecidas como *joint criminal enterprise* (JCE) e responsabilidade de comando.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPIJ) e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), no art. 7º (1) e no art. 6º (1), respectivamente, descrevem as formas de responsabilidade direta pela prática de um crime internacional, afirmando:

Uma pessoa que planejou, instigou, ordenou, cometeu ou ajudou e incitou no planejamento, preparação ou execução de um crime [...] será considerada individualmente responsável pelo crime (UN, 2009, p. 6, tradução nossa).

O art. 7º (3) do Estatuto TPIJ e o art. 6º (3) do Estatuto TPIR também reconhecem uma forma de responsabilidade acessória conhecida como responsabilidade de comando. Neste caso, uma pessoa em posição de comando, seja civil ou militar, pode ser considerada responsável pelos crimes cometidos por seus subordinados, se ele ou ela não consegue evitar os crimes ou punir os subordinados (DANNER; MARTINEZ, 2005).

Há três elementos necessários para reconhecer a existência de responsabilidade de comando:

- a) a existência de uma relação superior-subordinado de um controle efetivo;
- b) a existência do requisito de dolo, ou seja, de que o comandante sabia ou tinha motivos para saber do crime de seus subordinados; e
- c) que o comandante não tome as medidas necessárias para prevenir ou punir as infrações (DANNER; MARTINEZ, 2005, p. 122).

Embora a doutrina seja clara, a aplicação dos requisitos é controversa, especialmente no que diz respeito à questão do dolo (DANNER; MARTINEZ, 2005). O debate está voltado principalmente para a possibilidade de se responsabilizar um comandante por ações de seus subordinados somente se ele ou ela tinha real conhecimento dos crimes ou se o comandante pode ser responsável sem saber das violações (DANNER; MARTINEZ, 2005). Depois de anos de debate, a Câmara de Apelos do TPIJ no caso Celebici afirmou as decisões do Julgamento Camber sobre o assunto e, finalmente, pôs fim às interpretações soltas de responsabilidade de comando que permitiram acusações com base em negligência ou mesmo responsabilidade estrita (INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2001). A Câmara de Apelações decidiu que o comandante só poderia ser responsabilizado se “a informação estivesse disponível a ele, o que o colocaria na apuração de ofensas” (INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, 2001, p. 241). Alguns meses antes, a câmara

de apelações do TPIR em Bagilishema adotou uma posição semelhante, afirmando que um padrão de negligência não é bem-vindo na caracterização da responsabilidade em relação à responsabilidade de comando (DANNER; MARTINEZ, 2005).

Embora as críticas à responsabilidade de comando tenham reduzido consideravelmente, dada a posição tomada pelo TPIJ e pelo TPIR⁸, os debates sobre a teoria da JCE perduraram. Ao contrário da responsabilidade de comando, a JCE é uma teoria de responsabilidade que não estava expressamente presente nos estatutos do TPIJ e do TPIR (DANNER; MARTINEZ, 2005). Apesar de sua ausência, a teoria desempenhou um papel central nas acusações dos autores de ofensas ao direito penal internacional em ambos os tribunais e em outros tribunais híbridos, como o Tribunal Especial para Serra Leoa (TESL) e os Painéis Especiais para o Julgamento de Crimes Graves em Timor Leste (SCHARF, 2010).

De fato, alguns argumentam que a “JCE existe no direito internacional consuetudinário desde os julgamentos de Nuremberg” (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, 2001, p. 35, tradução nossa). Nestas circunstâncias específicas, os juízes desenvolveram a noção de um “plano comum” como um elemento importante para estabelecer o modo de responsabilidade no julgamento de líderes nazistas (INTERNATIONAL CRIMINAL

⁸ Mesmo que as posições do TPIJ e do TPIR sobre o assunto sejam um avanço importante na doutrina, é pouco provável que os debates sobre o requisito *mens rea* acabem. Como Danner e Martinez (2005) destacam, a aplicação da norma ainda pode ser grande e envolver provas circunstanciais, que inevitavelmente geram controvérsia, e o TPI ainda tem que se posicionar em relação ao assunto.

TRIBUNAL FOR RWANDA, 2001). Este raciocínio jurídico foi prontamente aceito por muitos como direito internacional consuetudinário, constituindo, assim, a base para o reconhecimento formal da JCE em tribunais futuros (INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA, 2001).

Embora presente em diferentes contextos judiciais, a aplicação da teoria teve seu impacto mais importante nas decisões do TPIJ (DANNER; MARTINEZ, 2005). De acordo com Allison Danner e Jenny Martinez (2005), entre junho de 2001 e janeiro de 2004, 64% das acusações arquivadas na TPIJ se basearam na acusação de JCE. Na verdade, antes da aprovação explícita da teoria JCE pelo TPIJ, o tribunal estava usando os mesmos princípios, na prática, sob outra denominação: “*in concert*”. Ao considerar as acusações de indivíduos que cometeram crimes “*in concert*” com outros, este número chega a 81% do total de denúncias confirmadas pelo TPIJ no mesmo período (DANNER; MARTINEZ, 2005).

A teoria de responsabilidade JCE requer “uma pluralidade de pessoas que agem de acordo com um plano ou propósito comum que envolva a prática de um crime, e que o acusado participe do propósito comum” (ROBINSON, 2008, p. 947), não havendo nenhuma necessidade de contribuição física real do indivíduo em qualquer elemento do crime (ROBINSON, 2008). A doutrina reconhece três categorias de JCE: a primeira está associada a “coautoria” ou “propósito comum”; a segunda está ligada a “sistemas de maus-tratos”; e a terceiro é a “forma estendida”, que

inclui as formas de criminalidade que não foram necessariamente pretendidas, mas eram previsíveis (ROBINSON, 2008).

A teoria da JCE, especialmente nas segunda e terceira categorias, tem sido amplamente criticada devido à falta de jurisprudência que estabelece a relação entre a responsabilidade penal individual e o âmbito do empreendimento criminal (DANNER; MARTINEZ, 2005). Outra questão correlata e problemática é o fato de que, sob a JCE, os réus são igualmente acusados de cometer o crime, independentemente do nível de contribuição para a atividade criminal (ROBINSON, 2008). Portanto, “o indivíduo de baixo nível fazendo uma contribuição insignificante torna-se responsável tanto quanto o autor de todos os crimes na JCE” (ROBINSON, 2008, p. 949), o que é uma direta violação do princípio de culpabilidade. Além disso, a exigência de “intenção comum”, que supostamente constitui a base para justificar a interpretação de que todos os indivíduos julgados sob a JCE são igualmente autores, foi mitigada (ROBINSON, 2008).

Diante desse cenário, a teoria JCE, ironicamente referida por alguns como “*justconvicteveryone*” (ROBINSON, 2008), criou um padrão em que descrever a acusação de um objetivo criminoso de um empreendimento em JCE e interpretar a previsibilidade dos juízes são fatores decisivos na atribuição da responsabilidade penal. Como Danner e Martinez (2005, p. 135) explicam, “como uma questão prática, a descrição da acusação, não a ação individual, parece ser o único limite significativo na extensão de um delito atribuível a um indivíduo acusado de JCE”.

A fragilidade da JCE, em termos de precisão jurídica, bem como as críticas que recebeu fizeram com que o TPI, em seu primeiro julgamento, não adotasse essa teoria como forma de comprovação de autoria, mas sim como indício de participação⁹. Nesse sentido, o art. 25, § 3, alínea d, do Estatuto de Roma, o que mais se assemelhava à doutrina da JCE, foi interpretado como participação, forma residual de responsabilidade penal, de acordo com a decisão do Juízo de Instrução:

[...] quando os elementos objetivos de um delito são praticados por uma pluralidade de pessoas que atuam no âmbito de um plano comum, somente aqueles a quem foram atribuídas tarefas essenciais – e que, conseqüentemente, têm o poder de frustrar a prática do delito por não realizar suas tarefas – pode-se dizer que têm controle global do crime (ICC, 2007, p. 117, tradução nossa).

Entretanto, os supostos fundamentos da doutrina com base na jurisprudência de Nuremberg evocam uma certa “linhagem venerável” (SCHARF, 2010, p. 469) e não impediram a aplicação da JCE em uma variedade de diferentes casos, como a que envolve o genocídio no Camboja e em casos escorregadios de terrorismo analisados sob uma perspectiva internacional (SCHARF, 2010).

Respondendo às inúmeras críticas lançadas a esse instituto, o TPI desenvolveu um novo modo de responsabilidade criminal,

⁹ Em seu primeiro julgamento, em 10 de julho de 2012, o TPI sentenciou o ex-líder da milícia congoleza, Thomas Lubanga Dyilo, a quatorze anos de prisão. Nessa sentença, a Corte adota a teoria do controle do crime para distinguir entre autoria e participação, rechaçando, portanto, a doutrina da JCE, que havia sido adotada como forma de comprovação da autoria nos tribunais *ad hoc* TPIJ e TPIR.

o COC, como única forma de interpretação do art. 25 c/c art. 30 do Estatuto de Roma¹⁰. Portanto, desde seu primeiro julgamento o TPI avança ao não acolher a teoria da JCE¹¹. Contudo, ainda é cedo para se afirmar o real alcance desse entendimento diante da ambiguidade da redação do Estatuto e das fortes pressões políticas sofridas pelo Tribunal.

3 O “controle do crime” na jurisprudência do TPI

Assim como o conceito de JCE foi desenvolvido para interpretar o significado de responsabilidade penal individual do art. 7º do estatuto do TPIJ, o TPI desenvolveu o conceito de “controle do crime” para interpretar o art. 25 (3) (a) do estatuto de Roma. Diferentemente do PPIJ, o TPI afirmou como relevante a distinção entre autoria e participação, rechaçando, dessa forma, a aplicação da JCE:

1392. A abordagem subjetiva dá ênfase ao elemento mental, ao mesmo tempo em que dispensa a execução dos elementos materiais dos crimes como critério de diferenciação entre autores e cúmplices de um crime. *De acordo com esta abordagem, portanto, um perpetrador é uma pessoa que contribui para o crime com a intenção de cometê-lo, independentemente do significado da contribuição. Este critério foi adotado pelos tribunais penais internacionais ad hoc, cujos estatutos, diferentemente do da Corte, deixam indefinido o elemento mental para todos os crimes e modalidades de responsabilidade.* Com efeito, deve sublinhar-se que, como prevê o artigo 30.º e como estipula a Introdução Geral aos Elementos dos Crimes, quando não for feita referência a um elemento mental para qualquer conduta, consequência ou circunstância particular enumeradas, o tribunal tem o dever de aplicar o artigo 30.º A abordagem subjetiva não pode, portanto,

¹⁰ Câmara de Julgamento, caso Katanga (ICC, 2014), § 1.393 e 1.394.

¹¹ A Câmara de Pré-Julgamento no caso Lubanga decidiu não aplicar a teoria da JCE.

ser conciliada com a lei que o Tribunal deve aplicar, uma vez que o elemento mental definido no artigo 30.º do Estatuto aplica-se tanto aos autores, para efeitos do artigo 25.º, n.º 3, alínea a), como aos certas formas de acessória, particularmente as previstas no artigo 25.º, n.º 3, alínea b), uma vez que o texto do artigo não especifica o elemento volitivo. *Assim, e em virtude apenas disso, parece que a abordagem subjetiva, com base apenas nisso, exclui qualquer distinção entre autor e cúmplice.*

1393. *Resta, portanto, o controle sobre o crime – o único critério para amalgamar componentes objetivos e subjetivos – para a diferenciação entre autores e cúmplices de um crime.* A Câmara considera necessária uma definição de autor que: (1) englobe aquelas pessoas que praticam os atos que constituem os elementos materiais do crime e aquelas que determinam intencionalmente seu curso através do controle que exercem; e (2) não impede a aplicação do artigo 30.º do Estatuto, quando o elemento mental não for especificado, ou seja, pelo menos nas hipóteses previstas nos artigos 25.º, n.º 3, alíneas a) e b). 1394. *A Câmara entende, portanto, que o critério “controle sobre o crime” parece ser o mais condizente com o artigo 25 do Estatuto, tomado como um todo, e o que melhor leva em conta o Estatuto de Roma como um todo, na devida consideração dos termos da artigo 30 (ICC, 2014, p. 533-534, tradução nossa e grifo nosso).*

Dessa forma, autores são aqueles conscientes do seu papel de controle sobre os elementos do crime e, portanto, capazes de determinar onde, quando e como a ação criminoso acontecerá. O autor deve ter controle sobre as pessoas que executam o delito ou sobre instituições organizadas de poder. Nessa segunda hipótese, é evidente que o TPI adotou o conceito de *Organisationsherrschaft* (controle das organizações), de Claus Roxin (1963)¹², criado a partir da observação da jurisprudência do Tribunal de Nuremberg e do

¹² No parágrafo 1.404 e na nota de rodapé 3.200, a decisão do juízo de julgamento, no caso Promotor v. Katanga, de 7 de março de 2014, cita expressamente o conceito de *Organisationsherrschaft* de Roxin.

juízo de Auschwitz, que começou em 1963, em Frankfurt. Mais uma vez, o Holocausto revela-se como uma métrica para o julgamento de crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídios atuais.

De acordo com a referida teoria desenvolvida pelo jurista alemão, uma das características das instituições organizadas de poder é que elas operam com alto grau de automatismo, de modo que o autor não necessita comandar a vontade de cada um dos membros da organização, até porque esses são substituíveis. Entretanto, o controle exercido não deve deixar margem para que os perpetradores decidam se devem ou não cometer a prática delituosa. Assim, são culpáveis aqueles que, em uma organização, concebem o crime, fiscalizam seus atos preparatórios nos mais diversos níveis hierárquicos, e controlam sua execução¹³.

O COC é, portanto, uma teoria que encontra suas origens no direito penal alemão e, diferentemente da JCE, é mais cautelosa na definição da culpabilidade e do elemento subjetivo do crime para que haja sentença condenatória. Apesar do reconhecido avanço, cabe ressaltar que a interpretação do art. 25 c/c art. 30 do Estatuto de Roma no julgamento de Katanga não exclui definitivamente a possibilidade de a JCE ser invocada perante o TPI em casos futuros, já que o art. 25 não diferencia autoria de participação e o art. 30 (1), o qual afirma que todos os crimes previstos no estatuto necessitam do dolo direto para se realizarem, inicia sua redação

¹³ De acordo com Roxina *apud* Czisnik (2021, p. 318, tradução nossa), “perpetradores exercem sua autoridade sobre indivíduos obrigados a obedecê-los, sendo que estes fazem parte de uma máquina de poder que atua ilegalmente”.

com “salvo disposição em contrário”. Essa redação, em total desrespeito ao princípio da vedação das normas penais em branco, faz uso do recurso da ambiguidade construtiva e deixa aberta a possibilidade de utilização ou do Estatuto de Roma ou do direito internacional costumeiro como fonte de normas jurídicas para se delimitar o elemento volitivo do crime.

A própria redação do art. 30 é ambígua, pois se em (1) afirma-se que “nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, *a menos que atue com vontade de cometer e conhecimento de seus elementos materiais*” (BRASIL, 2002, grifo nosso), o que caracteriza o dolo direto, em (2), o estatuto parece afirmar que é possível realizar a ação criminosa com dolo direto, 30 (2) (a), ou dolo eventual, 30 (2) (b). No caso Lubanga (ICC, 2012), o Juízo de Julgamento em Primeira Instância, apesar de ter rejeitado o termo “dolo eventual”, concluiu que “os elementos de risco, perigo, probabilidade e possibilidade são inerentes à redação se propuser causá-lo ou estiver ciente de que ele terá lugar em uma ordem normal dos acontecimentos” (BRASIL, 2002, art. 30, 2, b). Como a previsibilidade da consequência de uma ação é um dos elementos do dolo eventual, mas também pode ser interpretado como um dos elementos da JCE, e como a parte do estatuto que trata do elemento psicológico começa dando poder ao TPI para dispor em contrário do próprio estatuto, não há impedimento definitivo para que a Corte volte a adotar a JCE.

Aqui é importante sinalizar que, embora a adoção da teoria do COC e o abandono da JCE tenha sido aclamada por grande parte da doutrina, alguns juristas, como Izunna Isdore Ozuo (2017), clamam pelo retorno da JCE como forma de combater a impunidade e para melhor lidar com estruturas de poder informais, que pela dificuldade de provas sobre quem de fato exerce o controle e a supervisão não teriam seus líderes e orquestradores inculcados como autores de crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade. Portanto, essa é uma questão que ainda gera debates acadêmicos e políticos e que, sem dúvida, tem margens para emergir em termos jurisprudenciais diante da flexibilidade de interpretações assumida pelo TPI nessa matéria.

4 Conclusões

As inúmeras críticas dirigidas a algumas das teorias de responsabilidade mais importantes do direito penal internacional aumentam a crise de legitimidade enfrentada pela disciplina. Esta discussão destaca as contradições de um campo que quer ser percebido por sua capacidade objetiva de prevenir e punir os autores de atrocidades em massa, ignorando simultaneamente premissas legais centrais para atingir seletivamente esse objetivo. Portanto, enquanto a propaganda aponta um sistema legal sólido que condena pessoas sob os elevados padrões do direito penal, as condenações, na prática, são garantidas por ajustes que suavizam os requisitos do processo penal como única forma de harmonizar as evidências com o enquadramento jurídico.

De fato, seguindo os apontamentos de diversas teorias criminológicas, é fácil constatar que o sistema penal internacional também age de forma a selecionar as condutas e os sujeitos que irá punir e, por esse motivo, produz estereótipos e estigmas. A condenação exclusiva de negros africanos pelo TIP até o presente momento demonstra nitidamente esse padrão. Diante desse cenário, as garantias do direito penal e a existência de dolo ou culpa como elemento essencial para a configuração de um crime não são meras garantias individuais que permitem um julgamento justo, mas também freios fundamentais contra o poder punitivo que, em qualquer sistema penal, estatal ou internacional, seleciona, estigmatiza e desiguala.

Por esses motivos, consideramos o abandono da jurisprudência da JCE e a adoção da teoria do controle do crime pelo TPI como um avanço, uma vez que a reafirmação da exigência da culpabilidade como um elemento central para a configuração de uma ofensa penal limita o escopo de atuação desse tribunal, principal e especialmente sobre corpos negros e africanos. Por outro lado, é importante ficarmos atentos aos próximos passos do Tribunal, uma vez que o art. 30 (1) do Estatuto de Roma representa uma norma penal em branco e autoriza expressamente o TPI a adotar disposições contrárias ao Estatuto, provocando enorme insegurança jurídica.

Title: The inconsistencies of international criminal law and criminal liability

Abstract: This article aims to scrutinize the mitigation of the culpability principle in international criminal law by focusing on observing genocide trials, through the analysis of the evolution of the application of the theories of the joint criminal enterprise (JCE), command responsibility (CR) and control over crime (COC). A critical analysis of international genocide trials reveals that international criminal law struggles with the same problems as domestic criminal law, such as selectivity, stigmatization, reproduction, and perpetuation of racial inequalities.

Keywords: Genocide. Racism. International penal law. International Penal Court. Criminal responsibility.

Referências

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Ardsley: Transnational Publishers, 2003.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

CZISNIK, Marianne. The contribution of Claus Roxin's notion of indirect perpetration by means of organized power structures to the conceptualization of national socialist crimes. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Berlin, n. 5, p. 318-325, 2021. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2021_5_1435.pdf. Acesso em: 3 nov. 2022.

DANNER, Allison Marston; MARTINEZ, Jenny S. Guilty associations: joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law. *California Law Review*, Berkeley, v. 93, n. 1, p. 75-169, Jan. 2005. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3481390>. Acesso em: 3 nov. 2022.

DARCY, Shane. Imputed criminal liability and the goals of international justice. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, v. 20, n. 2, p. 377-404, 2007. DOI 10.1017/S0922156507004116. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/abs/imputed-criminal-liability-and-the-goals-of-international-justice/580CC0ED243AE94BCABB5B9F07873D44>. Acesso em: 3 nov. 2022.

HUMPHREY, Michael. International intervention, justice and national reconciliation: the role of the ICTY and ICTR in Bosnia and Rwanda. *Journal of Human Rights*, Abingdon, v. 2, n. 4, p. 495-505, 2003. DOI 10.1080/1475483032000137084. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/1475483032000137084>. Acesso em: 3 nov. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). *Rome Statute of the International Criminal Court*. The Hague: ICC, 2011. 58 p. ISBN 92-9227-232-2. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). Pre-Trial Chamber I. *Situation in the Democratic Republic of the Congo: The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*: [Case] No. ICC-01/04-01/06. The Hague: ICC, 29 Jan. 2007. 157 p. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_02360.PDF. Acesso em: 13 out. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). Trial Chamber I. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*: Case No. ICC-01/04-01/06. The Hague: ICC, 14 Mar. 2012. Disponível em: <https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/814>. Acesso em: 13 out. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). Trial Chamber II. *The Prosecutor v. Germain Katanga*: Case No. ICC-CPI-20140307-PR986. The Hague: ICC, 7 Mar. 2014. Disponível em: <https://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/3260/Katanga>. Acesso em: 13 out. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA. *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*: [Case No.] ICTR-95-1A-T. Arusha: International Criminal Tribunal for Rwanda, 7 June 2001. Disponível em: <https://www.dipublico.org/1983/bagilishima-case-ict-95-1a-t-international-criminal-tribunal-for-rwanda>. Acesso em: 13 out. 2022.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Zejnil DELALIC, Zdravko MUCIC (aka "PAVO"), Hazim DELIC and Esad LANDŽO (aka "ZENGA")*: Case No. IT-96-21-A. Churchillplein: International Tribunal for the former Yugoslavia, 20 Feb. 2001. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

KALSHOVEN, Frits; ZEGVELD, Liesbeth. *Constraints on the waging of war: an introduction to humanitarian international law*. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. ISBN 978-05-11995-23-1. DOI 10.1017/CBO9780511995231. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/constraints-on-the-waging-of-war/8D99DA5E00841F92D18C7BF752FA1FEC>. Acesso em: 3 nov. 2022.

OZUO, Izunna Isdore. “To be or not to be”: a short note on joint criminal enterprise before the international criminal court. *African Journal of Criminal Law and Jurisprudence*, Awka, v. 2, p. 57-66, 2017. Disponível em: <https://www.journals.ezenwaohaetorc.org/index.php/AFJCLJ/article/view/494>. Acesso em: 3 nov. 2022.

ROXIN, Claus. Straftaten im Rahmen Organisatorischer Machtapparate. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, v. 5, p. 193-207, 1963.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S.; BISCHOFF, James L. *Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the Nuremberg legacy*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

ROBINSON, Darryl. The identity crisis of international criminal law. *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, v. 21, n. 4, p. 925-963, Dec. 2008. DOI 10.1017/S0922156508005463. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/abs/identity-crisis-of-international-criminal-law/47836B8BE0B803C6DE8B79306A3906F6>. Acesso em: 3 nov. 2022.

SHARF, Michael P. “Seizing the Grotian moment: accelerated formation of customary international law in times of fundamental change”. *Cornell International Law Journal*, v. 43, n. 3, p. 439-469, 2010. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol43/iss3/1/>. Acesso em: 3 nov. 2022.

SIMEON, James C. (ed.). *Critical issues in international refugee law: strategies toward interpretative harmony*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 240 p. ISBN 978-05-21199-52-0.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights law in context: law, politics, morals*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. 1492 p. ISBN 978-01-99279-42-5.

VAN SCHAACK, Beth; SLYE, Ronald C. *International criminal law and its enforcement: cases and materials*. New York: Foundation Press, 2007. 947 p. ISBN 978-15-99411-61-3.

UNITED NATIONS (UN). *Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. New York: UN, 2009. 77 p. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FLAUZINA, Ana Luiza; FONTES, Rafaela Seixas. As inconsistências do direito penal internacional e a responsabilidade criminal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 12, p. 221-247, 2022. Anual.
