


AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

THE GROUNDS FOR EXCLUDING CRIMINAL RESPONSIBILITY ENVISAGED IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Priscilla Camargo Santos^I 

João Daniel Vilas Boas Taques^{II} 

^I Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Ponta Grossa, PR, Brasil;
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, SC, Brasil.
(Doutora em Direito).

^{II} Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Ponta Grossa, PR, Brasil.
(Mestrando em Direitos Humanos e Democracia).

Sumário: Considerações iniciais. 1 As excludentes de responsabilidade previstas no artigo 31 do Estatuto de Roma. 1.1 Enfermidade ou deficiência mental. 1.2 Intoxicação. 1.3 Legítima defesa. 1.4 Coação e estado de necessidade. 2 As demais excludentes previstas no Estatuto de Roma. 2.1 O erro. 2.2 A obediência hierárquica e as disposições legais. Considerações finais. Referências.

Resumo: Este artigo tem como principal objetivo abordar de maneira pormenorizada as excludentes de responsabilidade previstas no Estatuto de Roma. Para tanto, foram analisados diversos teóricos de Direito Internacional Penal, buscando-se sempre identificar o entendimento de cada um deles sobre as excludentes aqui abordadas. Após o estudo, foi possível concluir que, no que pese os diferentes matizes teóricos dos estudiosos, a doutrina internacional penal se mostra em relativa harmonia, apresentando problemas e críticas semelhantes. Foi possível notar, ainda, a pouca aplicabilidade concreta dessas excludentes ao longo da história do Direito Internacional Penal, ponto esse muito criticado pela doutrina como um todo.

Palavras-chave: Direito Internacional Penal. Estatuto de Roma. Tribunal Penal Internacional. Excludentes de Responsabilidade.

Abstract: The main objective of this paper is to approach in details the grounds for excluding criminal responsibility in the Rome Statute. Therefore, an amount of authors in International Criminal Law from several countries were studied, always seeking to highlight the opinion of each of them on the subjects discussed here. After the study, it was possible to conclude that, despite the different nationalities of those authors, the international criminal law doctrine shows itself in relative harmony, with similar thoughts and criticisms. It was also possible to notice little applicability in concrete cases of these exclusions throughout the history of the International Criminal Law, a point that is very criticized by the doctrine as a whole.

Keywords: International Criminal Law. Rome Statute. International Criminal Court. Grounds for excluding criminal responsibility.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo não pretende abordar os prós e contras do Tribunal Penal Internacional, nem fazer uma análise de seus tipos legais, mas tão somente tratar do

estudo das chamadas “excludentes de responsabilidade internacional” previstas no Estatuto de Roma, documento constituinte do Tribunal Penal Internacional. Essas ferramentas de defesa têm se mostrado um assunto deveras conflituoso no âmbito do Direito Internacional Penal, em razão, principalmente, da sua pouca aplicabilidade no caso concreto. De todo modo é dentro desse panorama de incerteza, quanto ao alcance prático do instituto, que se devem desenvolver os limites teóricos.

Afinal, todo o esforço histórico se justifica na busca de uma justiça internacional ou, ao menos, à proteção pela integridade da pessoa humana que passou a ser um objetivo a ser concretizado. Assim, não obstante o fato de o Tribunal Penal Internacional se reservar a julgar apenas os principais responsáveis pelos mais abomináveis crimes, nem por isso serão preteridos os princípios que orientam a maioria dos sistemas jurídicos ao redor do mundo, tais como o da ampla defesa, do contraditório e outras garantias penais. Inclusive, a aplicação de princípios nacionais, como garantias, está previsto no próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 21, item 1.c. Nesse sentido é que se incumbe analisar as excludentes previstas no Estatuto de Roma.¹

O olhar sobre o fenômeno das excludentes de responsabilidade permite ressaltar uma aparente harmonia no plano teórico na doutrina internacional, justamente por sua pouca aplicabilidade no mundo fático, o que não impede novos estudos sobre o assunto. Assim, busca-se compreender neste trabalho como se manifesta no plano do direito internacional penal, notadamente do Tribunal Penal Internacional, dada sua importância global, as excludentes de responsabilidade elencadas nos artigos 31 a 33 do Estatuto de Roma.

A escassez de doutrina nacional sobre o assunto justifica o estudo e orienta o desenvolvimento de teorias que auxiliem a compreensão das excludentes de responsabilidade no plano internacional. Assim, serão abordadas, no presente artigo, as excludentes previstas no artigo 31 do Estatuto de Roma que é o que concentra o maior número dessas defesas, bem como as regras gerais aplicadas às excludentes de maneira geral, o artigo 32, que dispõe sobre o erro de fato e erro de direito e o artigo 33, que trata da obediência hierárquica.

1 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO ARTIGO 31 DO ESTATUTO DE ROMA

O marco inicial das excludentes no Estatuto de Roma está elencado no artigo 31.² O *caput* do referido dispositivo já dispõe que o artigo 31 não regula de

¹ Destaque-se que no âmbito do Tribunal Penal Internacional, conforme o item 2 do artigo 25 do Estatuto, os indivíduos são considerados responsáveis. Assim, a responsabilidade penal internacional se dará de forma individual, em consonância com a ideia de que é o indivíduo que pratica crimes internacionais e não entidades abstratas, como Estados ou organizações.

² Art. 31: 1. Sem prejuízo de outros fundamentos para a exclusão de responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto, não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta:

modo exaustivo as excludentes de responsabilidade. Os artigos 32 e 33, por exemplo, também tratam de possíveis excludentes de responsabilidade, como o erro de fato ou de direito e a decisão hierárquica.

Em seguida, em seu item 2, o artigo 31 determina que o Tribunal terá discricionariedade quando da possibilidade de aplicação das excludentes de responsabilidade no caso concreto. Para parcela dos teóricos internacionais este dispositivo seria um juízo de admissibilidade, segundo o qual o Tribunal teria o poder de avaliar se a excludente arguida seria aplicável ao caso concreto (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010). Para outros, como Kai Ambos (2008), tal dispositivo permite à Corte encontrar uma solução adequada ao caso concreto.

O item 3 determina que o Tribunal não precisa se limitar apenas às excludentes previstas no Estatuto de Roma, podendo fundamentar a aplicação de outras excludentes, de acordo com o artigo 21 do mesmo documento, como os princípios e normas de direito internacional geral, bem como as normas e princípios encontrados nos mais variados direitos nacionais. Se por um lado tal dispositivo permite o entendimento da desnecessidade da enumeração específica das excludentes no corpo do documento (ALMEIDA, 2009), por outro, se interpreta como uma porta de ingresso para outras situações concretas que possam surgir e não estejam abarcadas pelo artigo (AMBOS, 2008).

Não se pode ignorar que qualquer que seja a interpretação pela doutrina desse dispositivo, a imprecisão da norma no plano do direito internacional penal é

-
- a) Sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei;
 - b) Estiver em estado de intoxicação que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder;
 - c) Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea;
 - d) Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se proponha evitar. Essa ameaça tanto poderá:
 - i) Ter sido feita por outras pessoas; ou
 - ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade.
2. O Tribunal determinará se os fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal previstos no presente Estatuto serão aplicáveis no caso em apreço.
 3. No julgamento, o Tribunal poderá levar em consideração outros fundamentos de exclusão da responsabilidade criminal; distintos dos referidos no parágrafo 1º, sempre que esses fundamentos resultem do direito aplicável em conformidade com o artigo 21. O processo de exame de um fundamento de exclusão deste tipo será definido no Regulamento Processual. (BRASIL, 2002).

demasiado perigosa. O princípio da legalidade deve ser trasladado ao plano internacional em todas as suas vertentes (*lex scripta, stricta, certa e praevia*) para que se atenda as aspirações de uma justiça penal internacional, sob pena de ser burlada a proteção aos direitos fundamentais.

1.1 Enfermidade ou deficiência mental

Dispõe a alínea *a* do item 1 do artigo 31 do Estatuto que estará abarcado pela excludente de responsabilidade aquela pessoa que “sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei”. Esse dispositivo pode ser separado em três partes: a incapacidade de entender a natureza de sua conduta; a incapacidade de compreender a ilicitude da conduta; e a capacidade de entender a natureza e a ilicitude da conduta, mas a incapacidade devido à doença mental de resistir ao impulso e atuar conforme o entendimento (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010).

Segundo o direito e a jurisprudência norte-americana a exculpação por insanidade ocorre quando

Uma pessoa não é responsável por uma conduta criminosa se, no momento de tal conduta como resultado de doença mental ou defeito, ele não possui capacidade substancial para apreciar a criminalidade (ilicitude) de sua conduta ou para conformar sua conduta com os requisitos da lei (GILBERT, 2006).

Há, contudo, uma observação a ser feita. A tradução para o português do Estatuto de Roma determina que a enfermidade ou doença mental *prive* a pessoa de suas capacidades para avaliar a ilicitude ou a natureza de sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta de modo a não violar a lei. O texto original, em inglês, por sua vez, determina que a essa capacidade do agente deve estar destruída (“The person suffers from a mental disease or defect that destroys that person's capacity...”), sendo essa uma palavra que importa numa condição muito mais gravosa do que mera privação. Para Gilbert (2006), “a defesa de insanidade se refere a uma destruição da capacidade do acusado, e tal aniquilação levaria a uma absolvição, enquanto que a defesa de capacidade mental diminuída se refere apenas a um comprometimento da capacidade mental” (tradução nossa).

A mera diminuição da capacidade para compreender a natureza ou ilegalidade da conduta não é uma excludente no Tribunal Penal Internacional, e também não encontra espaço na jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010). No mesmo sentido, Darcy (2011) entende que a diminuição da capacidade mental não é passível de se evitar a condenação, o que não impede uma mitigação na sentença.

Para Ferreira de Almeida (2009, p. 455-456), certas condições se fazem necessárias para que se verifique, no caso concreto, a excludente de responsabilidade por incapacidade mental. Assim,

Constituem seus requisitos básicos, um estado mental *defectivo* e, em consequência dele, a privação da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da conduta (dimensão cognitiva) ou da capacidade para controlar essa conduta, em ordem a não ser violada a lei (dimensão volitiva). Evidente se torna, pois, que – divergindo, nesse aspecto, o Estatuto de Roma de algumas legislações penais nacionais – a exclusão da responsabilidade criminal não poderá resultar, por força da alínea a) do n.º 1, de uma mera perturbação psicológica ou emocional momentânea. Em jogo deverá estar, por conseguinte, uma qualquer (e não uma específica) enfermidade ou deficiência mental de que padeça o agente, sem que, todavia (*et por cause*), sejam suficientes, para efeitos do normativo em apreço, dos distúrbios mentais *efêmeros* ou esporádicos (*sic*).

Contudo, alguns autores entendem que o Tribunal não deve levar essa “destruição” da capacidade mental como algo total. Eser (2008, p. 875) entende que

Para dar às testemunhas uma orientação apropriada e viável, e conceder aos réus portadores de doenças mentais uma chance justa de se argumentar a incapacidade, a capacidade mental “destruída” pode residir entre a incapacidade substancial e a absoluta das habilidades cognitivas ou volitivas.

Darcy (2011, p. 4) ainda leciona que, nos casos práticos, a incapacidade mental é, na verdade, avaliada antes do julgamento. Isso porque eventual incapacidade mental pode lhe importar em um prejuízo durante o julgamento, ferindo assim, por exemplo, o princípio da ampla defesa ou até mesmo uma resposta efetiva do tribunal. O autor cita o caso Kovačević do Tribunal Internacional Penal para a ex-Iugoslávia, em que o Tribunal entendeu que o acusado “não tinha a capacidade para entrar em plenário e enfrentar julgamento, sem prejuízo de futuros procedimentos criminais contra ele, caso a sua condição mental mudasse”.

Por fim, as críticas que se fazem ao Estatuto de Roma são de que, apesar de apresentar a excludente de responsabilidade por insanidade mental, não se manifesta quanto à destinação do indivíduo. No direito pátrio, por exemplo, a absolvição por insanidade mental pode resultar em uma absolvição imprópria, que acarreta uma medida protetiva. Para Gilbert (2006), é lamentável que o Estatuto de Roma não aborde a situação do acusado considerado deficiente mental, nesse sentido a Anistia Internacional se manifestou de que caberá ao Estatuto estabelecer procedimentos adequados e em conformidade com o direito internacional nesses casos.

1.2 Intoxicação

Em seguida, na alínea *b* do item *I* do artigo 31 o Estatuto de Roma determina que não será responsável no âmbito internacional penal aquele que estiver em

estado de intoxicação que o prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não transgredir a lei, a menos que se tenha intoxicado voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder (BRASIL, 2002).

Segundo Ferreira de Almeida (2009), tal ponto foi de extrema controvérsia quando da elaboração do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Conforme leciona o autor, há uma grande diferença entre a cultura dos Estados ocidentais e dos Estados islâmicos em relação ao consumo do álcool, sendo que para estes últimos a ingestão de bebidas alcoólicas é uma circunstância agravante, enquanto que para aqueles, é uma atenuante. À época, a Organização das Nações Unidas emitiu um documento em que relatava as negociações para esse dispositivo em específico:

Algumas delegações têm dúvidas sobre aceitar a intoxicação voluntária como motivo para excluir a responsabilidade criminal. Chegou-se a conclusão que a intoxicação voluntária como motivo para excluir a responsabilidade penal geralmente não se aplica em caso de genocídio ou crimes contra a humanidade, mas pode ser aplicada a atos isolados que constituem crimes de guerra. Uma delegação considerou que não se devem diferenciar os tipos de crimes (NAÇÕES UNIDAS, 1998).

A intoxicação, segundo o Black's Law Dictionary (1979), é aquele estado em que o acusado, pelo uso de substâncias tóxicas, como álcool e drogas, não se encontrava no “uso normal de suas faculdades físicas ou mentais, tornando-o incapaz de agir da maneira em que um homem ordinariamente prudente e cauteloso, em plena posse de suas faculdades, usando cuidados razoáveis, agiria sob condições semelhantes” (tradução nossa). Tal excludente é assim considerada porque, quando do momento do fato, o agente não apresentava a capacidade para entender que aquele fato era um ilícito internacional penal ou para se orientar de maneira a não cometer tal ilícito.

Tal qual na excludente abordada anteriormente, é preciso, aqui, que haja uma total destruição da capacidade do agente. Exige-se, portanto, que a intoxicação destrua a capacidade de entendimento quanto ao ato ilícito ou a capacidade de controlar-se, conforme os requisitos da lei (ESER, 2008).

De outro modo, resta fazer algumas observações quanto à parte final da alínea em análise. Ao se ressaltar os casos em que “se tenha intoxicado

voluntariamente em circunstâncias que lhe permitiam ter conhecimento de que, em consequência da intoxicação, poderia incorrer numa conduta tipificada como crime da competência do Tribunal, ou, de que haveria o risco de tal suceder” o Estatuto de Roma consagra o princípio da *actio libera in causa*. Tal princípio pressupõe capacidade de culpabilidade na ação precedente, em que o autor deliberadamente se coloca em estado de incapacidade, com intenção de realizar a conduta típica. A conduta em que consiste esse injusto não é livre no ato, e sim livre na sua causa. Para Ferreira de Almeida (2009, p. 457),

tal princípio se destina a prevenir as intoxicações de má-fé, quer dizer, aquelas sob cujo efeito o agente voluntariamente se coloca com o fito de cometer um crime, invocando, mais tarde, esse estado como fundamento de exclusão de sua responsabilidade.

Segundo Bitencourt (2014), a *actio libera in causa* ocorre quando “o agente coloca-se voluntariamente em um estado de inimputabilidade que representa um risco não permitido para o bem jurídico, que é, previsivelmente, adequado para a produção do resultado típico”. Existem duas teorias sobre a *actio libera in causa*, a *teoria da exceção* que considera uma exceção ao princípio da capacidade de culpabilidade no momento do fato, pautada no direito costumeiro,³ e a *teoria do tipo*, que fundamenta a atribuição do resultado típico ao autor no momento de capacidade de culpabilidade anterior ao fato, determinando o resultado típico e não ao momento posterior do fato (SANTOS, 2006).

Para Eser (2008, p. 877) o Estatuto de Roma

tenta prevenir um estado de incapacidade de *mala fide*, como seria caso a lei penal tolerasse que uma pessoa se colocasse em um estado de não responsabilidade por meio de intoxicação com o objetivo de cometer um crime e, mais tarde, invocasse sua falta de capacidade como motivo para excluir a responsabilidade (tradução nossa).

Assim, ao adotar esse princípio, o Estatuto de Roma impediu que a colocação voluntária do agente em um estado de intoxicação gerasse uma possível excludente de responsabilidade.

Em que pese a aceitação da teoria da *actio libera in causa* pela maior parte da doutrina estrangeira, ela não se apresenta livre de críticas. A principal seria a de que constituiria uma violação ao princípio da reserva legal. Nesse sentido entendem Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 529), ao sustentar que colocar-se em estado ou situação de inculpabilidade exige a tipicidade objetiva. Assim, não se verifica a conduta típica de homicídio no ato de beber, tratando-se apenas de um ato

³ Para Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 294), a teoria da exclusão é “incompatível com o princípio da legalidade, que exclui o direito costumeiro como incriminação de condutas, e com o princípio da culpabilidade, porque dolo e imprudência não determinam o fato, nem fundamental a reprovação de culpabilidade”.

preparatório atípico.⁴ Inexistindo a tipicidade objetiva, pois o que existe é a vontade de beber e embriagado realizar o tipo objetivo, esse desejo não pode se configurar como dolo, pois lhe “falta toda tipicidade objetiva em que assentar-se”. Para os autores, ao se aceitar a teoria da *actio libera in causa*, teria que se admitir que há culpabilidade sem tipicidade, o que é insustentável.

1.3 Legítima defesa

Dispõe o artigo 31, item 1, alínea c, do Estatuto de Roma que estará abarcado pela excludente de responsabilidade aquele que:

Agir em defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal, nos termos desta alínea (BRASIL, 2002).

Tal dispositivo pode ser dividido em duas partes: a primeira determina em que condições se dará a legítima defesa, sem divisão entre eles, enquanto que a segunda determina que esta não se confunde com a legítima defesa do Estado. Faz-se mister, portanto, uma abordagem dessas duas partes, uma vez que possuem explicações e fundamentos diversos. Por motivos didáticos, abordar-se-á antes a segunda parte, e somente então a legítima defesa em si do indivíduo.

Em relação à última parte, o dispositivo em apreço determina que a participação em uma força de defesa do Estado não configura, por si só, uma excludente de responsabilidade criminal individual. Note-se que a legítima defesa do Estado é, atualmente, um direito assegurado pela lei internacional, tanto a positivada quanto a costumeira (GILBERT, 2006). Contudo, a legítima defesa do Estado não implica, automaticamente, que seus agentes de defesa estão abarcados pela excludente de responsabilidade. Nesse sentido, aduz Ferreira de Almeida (2009, p. 461):

Bem se compreende que a participação numa força que leve a cabo uma operação de defesa não confira, em si mesma, qualquer título de exoneração da responsabilidade criminal individual. Antes, para que isso suceda, terá a

⁴ Aduzem os autores: “[...] quando alguém está em um bar, bebendo na companhia de outras quinze pessoas, por maior que seja a sua vontade de embriagar-se para matar seu rival no amor, sua conduta em nada se distingue da dos quinze bebedores restantes, não se podendo, ainda neste caso, falar de começo de execução. Se neste momento fosse ele detido pela polícia, não haveria juiz na Terra capaz de condená-lo por tentativa de homicídio, porque há uma total ausência de tipicidade objetiva” (ZAFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 529).

conduta do agente de se confinar dentro dos limites assinalados ao conceito de legítima defesa pela proposição inicial da alínea c.

O professor português, ainda, é da posição que o mesmo entendimento vale no sentido contrário, em que o reconhecimento de legítima defesa para o indivíduo não implica, necessariamente, em reconhecimento da legítima defesa do Estado, apesar de esta ainda não ser uma posição pacífica na doutrina.

A legítima defesa em si, por sua vez, segundo uma leitura atenta ao dispositivo em análise, é quando o agente age em defesa de direito próprio ou de terceiro contra um uso iminente e ilegal de força, sendo que essa defesa deve se dar de maneira proporcional. Para Darcy (2011, p. 4), “não se espera que um indivíduo permaneça ocioso enquanto um crime é cometido contra a sua pessoa ou propriedade, embora haja limites óbvios para a extensão de força que a vítima pode usar para acabar ou impedir a comissão de um crime” (tradução nossa). No Direito pátrio, Bitencourt (2014, p. 423) aponta que a legítima defesa possui dois fundamentos, que podem ser aplicados também ao Direito Internacional Penal: “de um lado, a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão injusta; de outro lado, o dever de defender o próprio ordenamento jurídico, que se vê afetado ante uma agressão ilegítima”.

Ferreira de Almeida (2009) entende que a alínea c do item 1 do artigo 31 pressupõe a existência de quatro requisitos básicos: que o agente atue em resposta a um ataque iminente ou já desencadeado contra sua vida, vida de terceiro ou contra um bem que seja essencial a uma missão militar; que não haja outra forma de impedir o ataque; que a atuação ilícita do autor não tenha sido provocada por aquele que se age em legítima defesa; e, por fim, uma resposta proporcional à ofensa. Gilbert (2006), por sua vez, entende que são três os requisitos: que o ato de legítima defesa tenha sido razoável; que essa resposta tenha se dado em razão de um ataque iminente e injusto; e que a resposta tenha sido proporcional ao grau de perigo. Em que pese essas diferenças, abordaremos os requisitos aceitos de forma ampla pela doutrina.

Sobre o requisito temporal, a atuação do que age sob a excludente deve se dar frente a um ataque iminente ou que já tenha se iniciado. Segundo Ferreira de Almeida (2009, p. 460),

do que não se duvida é de que terá de estar-se perante um ataque iminente, *actual* ou perdurante, não podendo a reacção ocorrer demasiado cedo (em face de uma remota ameaça) ou demasiado tarde (uma retaliação a um ataque já consumado e bem sucedido) (*sic*).

Cryer, Friman, Robinson e Wilmschurst (2010, p. 409) se manifestam no sentido de que: “O que é ‘iminente’ é caso de apreciação, embora o artigo 31 (1) (c) deixe claro que o indivíduo não deve esperar que outra pessoa o ataque (tradução nossa)”. O Direito Penal pátrio, por sua vez, faz distinção entre atual e iminente, sendo atual aquela que está acontecendo e iminente a que está em vias de acontecer (BITENCOURT, 2014).

Outro requisito é o de que a resposta deve se dar a um ataque injusto ou ilícito. Nesse sentido, destaca Eser (2008, p. 881):

Como um terceiro requisito, o uso da força tem que ser ilegal. Expandindo a distinção acima mencionada entre ações "pessoais" e "operacionais", a ilegalidade do "uso da força" nos termos do parágrafo 1 (c) não deve ser confundida com a legalidade ou ilegalidade de um compromisso coletivo. O parágrafo 1 (c) está preocupado com a ilegalidade do ataque individual, enquanto que é indiferente ao fato de este ataque ser parte de um campo coletivo legal ou ilegal. Assim, o uso da força é "ilegal" se não for justificado por lei ou por qualquer outra permissão ou ordem legalmente válida (tradução nossa).

Cumpra mencionar que há posicionamentos que entendem que não haveria que se falar em legítima defesa para aqueles ataques sob a excludente prevista nos itens anteriores, como insanidade mental e intoxicação. Contudo, a defesa contra o deficiente mental ou altamente intoxicado deve ser aceita, nesse sentido seria de grande valia a distinção entre justificativa e exculpação. O que age em justificativa não está atuando ilegalmente, enquanto que os considerados exculpados (deficientes e intoxicados) estão agindo ilegalmente e, portanto, podem ser defendidos (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010).

A defesa deve se utilizar, ainda, da força necessária ou, ao menos, proporcional ao ataque, sob pena de extrapolar os limites da legítima defesa e não mais se encontrar abarcado pela excludente. Na opinião de Cryer, Friman, Robinson e Wilmshurst (2010, p. 410) "nem toda reação a um ataque é aceitável. Para que esta resposta seja passível de defesa pelo artigo 31 (1) (c), deve ser razoável recorrer à força e o nível de força deve ser 'proporcional' ao grau de perigo enfrentado" (tradução nossa). O entendimento, portanto, é de que os meios utilizados por quem atua em legítima defesa sejam necessários, adequados e proporcionais suficientes a causar do agente dano suficiente para rechaçar o perigo (ALMEIDA, 2009).

Apesar de o dispositivo em apreço nada falar sobre um elemento subjetivo, alguns autores entendem que se faz necessária a presença de uma consciência de que age em legítima defesa, elemento esse que deriva dos princípios gerais de direito consagrados pelo artigo 21º do Estatuto de Roma. Ferreira de Almeida (2009, p. 462) entende que o elemento subjetivo é requisito necessário à configuração da legítima defesa, assim, "o emprego da força em legítima defesa não poderá repousar, de modo exclusivo, na presença de um *standard objetivo*. Por outras palavras, este será condição necessária, mas não suficiente, de uma válida exercitação daquele direito". No sentido oposto, Eser (2008) defende que em uma situação defensiva, o homem simplesmente age, sem ter um elemento volitivo definido. Desse modo, depreende-se que para o autor seria necessário que a legítima defesa fosse apenas parcialmente motivada.

Resta, por fim, abordar as situações de legítima defesa da propriedade que seja essencial para a realização de uma missão militar, excludente essa abarcada pelo Estatuto de Roma, o que gera críticas ferrenhas da doutrina. Para Eser (2008), tal dispositivo deu uma "permissão", ou, ao menos, uma "brecha" ao cometimento de

crimes de guerra em defesa de alvos militares, o que até agora não tinha sido aceito pelo Direito Internacional Humanitário, que orienta os crimes de guerra. Gilbert (2006) também critica tal dispositivo, apontando que

No entanto, é bastante difícil imaginar que tipo de propriedade pode justificar as perpetrções de crimes de guerra de forma "proporcional". Embora essa defesa esteja "apenas" disponível em caso de crimes de guerra, tais crimes de guerra envolvem, por exemplo, tortura, uso de armas envenenadas ou ataque ou bombardeio de cidades, vilas, etc.

[...] Assim, é bastante difícil compreender em que situação a defesa da propriedade pode ser uma defesa aceitável para os crimes de guerra (tradução nossa).

1.4 Coação e estado de necessidade

A alínea *d* do item 1 do artigo 31 do Estatuto de Roma traz, por fim, a coação como uma das modalidades de excludente da responsabilidade internacional penal. Determina o dispositivo que estará sob a excludente de responsabilidade quando

Tiver incorrido numa conduta que presumivelmente constitui crime da competência do Tribunal, em consequência de coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar. Essa ameaça tanto poderá:

- i) Ter sido feita por outras pessoas; ou
- ii) Ser constituída por outras circunstâncias alheias à sua vontade (BRASIL, 2002);

Embora a coação e o estado de necessidade sejam, na maioria das legislações nacionais, institutos diversos, o Estatuto de Roma entendeu por bem mantê-los em um mesmo dispositivo, o que, ao menos na opinião de Ferreira de Almeida (2008), se deu apenas por não ter sido considerado imprescindível. No que pese suas diferenças, o autor português enumera quatro pontos comuns entre a coação e o estado de necessidade:

[...] ter o comportamento em causa sido *adoptado* sob uma grave e imediata ameaça à vida ou à integridade física; não haver outros meios *idóneos* para esconjur o perigo; não haver desproporção entre o crime cometido e a ameaça sofrida, de tal maneira que possa dizer-se que a conduta do agente constituiu o menor de dois males ou, quando menos, que representou para a vítima a inflicção de um mal tão grave como aquele com que, por força da aludida ameaça, o autor se confrontou e pretendeu repelir; e, por último, não ter o agente contribuído voluntariamente para a situação de necessidade ou de *coacção* (*sic*) (ALMEIDA, 2009, p. 461-462).

Segundo Kai Ambos (2008, p. 538). o Estatuto de Roma optou por diferenciar os dois em razão, também, de terem os mesmos requisitos. Há que se observar, ainda, que “a jurisprudência de Nuremberg utiliza com frequência – em razão do *common law* dos juízes e do confuso *case law* anglo-americano – o conceito de ‘necessity’ (necessidade), ainda que isto aludisse de fato à ‘duress’ (coação)”.

O dispositivo em análise fixa a excludente tanto para ameaças humanas quanto para ameaças naturais, de modo que o estado de necessidade seria uma justificante geral, podendo ser aplicada à reação a desastres naturais, pois, nesta não importaria a origem do perigo, mas apenas a existência do perigo, enquanto que a coação precisa, necessariamente, vir de uma ameaça de origem humana (AMBOS, 2008).

A coação só foi consagrada como excludente de responsabilidade quando da elaboração do Estatuto de Roma. Segundo Darcy (2011, p. 9), tal entendimento foi veementemente repudiado pelo Tribunal para a ex-Iugoslávia, no caso Erdemović, em que foi decidido que “coação não é uma defesa completa para o soldado acusado de um crime contra a humanidade e/ou crime de guerra que envolva a morte de seres humanos inocentes” (tradução nossa).

Essa excludente em muito se confunde com as ordens superiores, que é vista apenas como um fato de diminuição da pena. Quando dos julgamentos de Nuremberg e subsequentes, a coação era reconhecida como excludente, enquanto que as ordens superiores, em que os soldados alemães baseavam muito de suas defesas, era visto apenas como uma maneira de mitigar a pena. A diferença entre essas duas modalidades de ordens foi abordada em um dos inúmeros julgamentos da época:

Os réus, neste caso, que receberam, obviamente, ordens criminais estavam em uma posição difícil, mas o cumprimento servil de ordens claramente criminosas, por medo de alguma desvantagem ou punição que não representem uma ameaça imediata, não pode ser reconhecido como defesa. Para estabelecer a defesa da coerção ou da necessidade em face do perigo, deve haver uma demonstração de circunstâncias que um homem razoável estava frente a um perigo físico tão iminente que o privaria da escolha de abster-se do erro (tradução nossa) (GILBERT, p. 16).

No plano doméstico, Bitencourt (2014, p. 485) define a coação como “tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha”. Trata-se, pois, de uma causa de excludente de culpabilidade, uma vez que retira o próprio poder de escolha, a vontade do agente. Já o estado de necessidade é uma causa justificativa, e não exculpativa. Para o mesmo autor é “a colisão de bens jurídicos de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso” (BITENCOURT, 2014, p. 409).

Já no plano internacional no estado de necessidade há uma lesão a um bem jurídico, mas esse é de menor valor quando comparado com o bem sacrificado, do contrário não haveria que se falar em estado de necessidade (AMBOS, 2009).

Para que se possa falar em coação ou estado de necessidade, faz-se necessária a presença de alguns requisitos. O primeiro é a necessidade e a razoabilidade. Segundo Gilbert (2006), “para invocar a coação, o acusado deve ter estado em uma situação onde era absolutamente incapaz de agir em conformidade com a lei. O acusado deve ter sofrido uma pressão considerável. A doutrina usa a expressão ‘coação irresistível’” (tradução nossa). Aqui, Eser (2008) faz uma distinção de extrema importância entre as excludentes da alínea *d* e a legítima defesa prevista na alínea *c*: enquanto esta exige uma reação proporcional, no estado de necessidade/coação a reação é necessária, independente da proporcionalidade. Contudo, Kai Ambos (2008, p. 554) adverte que a diferença entre “proporcionalidade” e “necessidade” pode ser meramente terminológica, posto que “os meios empregados para rechaçar o perigo devem ser idôneos e necessários e os danos ocasionados devem limitar-se especialmente ao absolutamente necessário para evitar o perigo”.

Em segundo lugar, pode-se falar em uma ameaça concreta ao indivíduo ou a terceiro, um risco real de morte ou lesão corporal grave, nos termos do próprio dispositivo legal. Nesse sentido, Eser (2008, p. 887):

O requisito básico deve ser a ameaça de morte iminente, em termos que pareçam prováveis e sérios, ou uma ameaça de danos corporais graves, contínuos ou iminentes que exigem mais do que feridas superficiais facilmente curadas. Assim, um perigo meramente abstrato ou simplesmente uma probabilidade elevada de que uma situação perigosa possa ocorrer não é suficiente (tradução nossa).

As ameaças podem ser contra o acusado ou terceiros, não se exige uma relação particular entre o acusado e as pessoas ameaçadas. O que se exige, no entanto, é que a ameaça seja real e não apenas crível para o réu (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010). Kai Ambos (2008, p. 553), por sua vez, classifica o perigo ou ameaça como “uma situação objetiva na qual em razão de determinadas circunstâncias é provável a produção de um dano”, e a iminência como “os que têm lugar neste preciso momento e os que ainda perduram”.

Por fim, restam, como requisito do estado de necessidade ou coação, dois elementos subjetivos específicos: que agiu pretendendo evitar o perigo e que não tinha a intenção de causar um dano maior do que aquele que pretendia evitar. Ora, o próprio texto do dispositivo legal determina que para que haja a exclusão da responsabilidade, o agente deve ter agido de modo a “evitar” a ameaça, denotando que o sujeito sabia que estava em perigo e agiu para evitar esse perigo. Assim,

O requisito de atuar em conhecimento da situação de estado de necessidade tem um sólido fundamento de direito comparado e resulta também do texto do artigo 31 (1) (d). Pois, se o autor deve atuar para “evitar essa ameaça (“to avoid

this thraet”), então deve conhecer ao menos que atuou em estado de necessidade (AMBOS, 2008, p. 556).

Portanto, para o autor alemão, o indivíduo deve ter agido com uma vontade de evitar o perigo ou que se dirija a evitar tal perigo, do contrário não estaria agindo em estado de necessidade ou coação, mas praticando um crime de Direito Internacional Penal.

O outro elemento subjetivo é a não intenção em causar um dano maior do que queria evitar. Eser (2008, p. 887) sintetiza este elemento subjetivo:

Para valorizar que o réu adote subjetivamente o bem superior ou escolheu deliberadamente o menor de dois males, este é o requisito negativo de que o réu não pode atuar com *dolus malus*. Por conseguinte, a cláusula que o réu "não pretende causar um prejuízo maior do que aquele que se pretende evitar" encapsula o raciocínio no caso Eichmann: se o réu, embora exposto a um risco não evitável, se identifica com o projeto dele ou sobrecumprir as tarefas estabelecidas, sua responsabilidade criminal não está excluída nos termos do parágrafo 1 (d) (tradução nossa).

Assim, trata-se de uma limitação à possibilidade de se arguir o estado de necessidade ou a coação. O agente deve sempre escolher o menor de dois males, o bem jurídico de menor importância, do contrário pode ser entendido que ele apenas se utilizou de tal ameaça para praticar um ato que já objetivava.

2 AS DEMAIS EXCLUDENTES PREVISTAS NO ESTATUTO DE ROMA

2.1 O Erro

Determina o artigo 32 do Estatuto de Roma que:

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

Assim, o referido artigo aborda as duas modalidades de erro previstas nos mais variados ordenamentos jurídicos nacionais: o erro de fato e o erro de direito. Contudo, segundo o magistério de Kai Ambos (2008), o erro encontrou, até agora, pouca ou nenhuma relevância na jurisprudência internacional. Aduz o autor que “em tal âmbito, apenas se reconhece a relevância do erro de fato, enquanto que o erro de direito é rechaçado, remetendo-se à regra *ignorantia iuris nemi nem excusat* ou *error*

iuris nom nocet” (AMBOS, 2008, p. 500-501). Tal posição, ao menos no âmbito do Estatuto de Roma, é acertada, uma vez que o dispositivo em análise determina que, salvo algumas poucas exceções, o erro de direito não é suficiente para excluir a responsabilidade do indivíduo.

Segundo Cryer, Friman, Robinson e Wilmschurst (2010), o erro possui resultados diferentes nos sistemas de *civil law* ou de *common law*. Enquanto no primeiro, como é o caso do Brasil, o erro, tanto de fato como de direito, geralmente fornece uma ampla gama de possibilidades de exclusão de responsabilidade, a *common law*, como é o caso dos EUA, apenas entende o erro como relevante quando ele prejudica o elemento subjetivo. O artigo 32 do Estatuto de Roma segue a vertente da *common law*.

Em direito comparado, Bitencourt (2014, p. 511) define o erro de fato como “o que recai sobre a circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal”. Assim, o erro está sobre um dos elementos que compõe o tipo penal.

Para os efeitos do Tribunal Internacional Penal, somente serão considerados relevantes os erros de fato que eliminem o dolo do crime. Isso porque, segundo o artigo 30 do Estatuto de Roma, “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”. Assim, para que o Tribunal exerça a sua competência, faz-se mister que o crime tenha sido praticado com dolo. Sobre o tema, lecionam Cryer, Friman, Robinson e Wilmschurst (2010, p. 414): “O artigo 32 (1) é inequívoco. Um erro de fato somente é relevante para a responsabilidade se demonstrar que o réu não possuía a *mens rea*” (tradução nossa). Os autores citam, como exemplo, o caso do indivíduo que bombardeia um *bunker* de civis acreditando piamente que se tratava, na verdade, de um centro de comando militar.

O erro de fato pode se dar sobre um dos elementos descritivos do tipo. Kai Ambos cita o exemplo do indivíduo que, controlando um tanque, durante uma neblina intensa, realiza um disparo e atinge um carro que pertence a uma missão de paz das Nações Unidas, o que caracterizaria o tipo previsto no artigo 8, item 2, alínea b, III. Aduz o autor que

neste caso, a questão (sucessiva) acerca de um erro sobre um elemento normativo do tipo – veículo protegido – não se apresenta, pois tem lugar um simples erro *in obiectum* que conduz à eliminação do dolo por falta de conhecimento da existência do elemento principal do tipo do artigo 8 (2) (b) (iii). A responsabilidade jurídico-penal está excluída conforme o artigo 32 (1) (AMBOS, 2008, p. 502).

Ora, no caso apresentado pelo autor alemão, infere-se que o indivíduo não pretendia atingir o bem que fazia parte de uma missão de paz, logo, não há que se falar em dolo. Estaria, portanto, abarcado pela excludente prevista no artigo 32, item 1.

Essa modalidade de erro também pode ocorrer sobre uma causa justificativa, também conhecida como discriminante putativa. Para Ferreira de Almeida (2009) isso ocorre quando alguém objetivamente não atua em legítima defesa, embora acredite que assim o faz. A problemática sobre esse erro, na opinião de Kai Ambos (2008, p. 506), reside no fato de que, apesar de acreditar estar agindo em legítima defesa, o agente ainda tem o dolo, entrando, assim, em conflito com o próprio artigo 32 (1). Assim, “o erro sobre uma situação fática de permissão que elimina o dolo de injusto ou então a reprovação da culpabilidade dolosa, deve ser tratado, por conseguinte, como um erro de fato que exclui o dolo de fato (art. 32 (1), analogicamente”.

Já o erro de direito pode ser definido como aquele que incide sobre a ilicitude de um comportamento: o autor supõe erroneamente que sua conduta é lícita quando na verdade ela é ilícita (BITENCOURT, 2014). Conforme visto, o erro de proibição no Estatuto de Roma se apresenta limitado, sendo aceito apenas se eliminar, tal qual o erro de fato, o dolo. Para Cryer, Friman, Robinson e Wilmshurst (2010, p. 415), “o único erro aceitável no artigo 32 (2) é aquele em que o elemento de um crime exige uma avaliação legal, e o erro se relaciona com esta, por exemplo, quando uma pessoa leva a propriedade sob uma crença equivocada de que ele ou ela era seu dono” (tradução nossa).

O erro de proibição não é aceito de uma maneira geral porque, na visão de Kai Ambos (2008, p. 513), “o interesse ‘objetivo’ de toda a sociedade em um ordenamento jurídico estável e com vigência irrestrita prevalece sobre o interesse ‘subjetivo’ do indivíduo a uma adequada consideração de sua errônea interpretação do direito”. Ora, os crimes internacionais são considerados gravíssimos, que afrontam a sociedade internacional como um todo, e é inconcebível que o indivíduo alegue que cometeu tais crimes porque não sabia que eles eram proibidos.

2.2 A obediência hierárquica e as disposições legais

Dispõe, por fim, o artigo 33 do Estatuto de Roma que não estará isento de pena o indivíduo que cometer um crime de competência do Tribunal em cumprimento de uma decisão emanada de um governo ou de um superior hierárquico, militar ou civil. O dispositivo traz, ainda, que para que a obediência a ordens superiores seja uma defesa, o agente deve, pelas alíneas “a” a “c”, cometer os crimes porque estava obrigado por lei a cometê-los, se não tinha conhecimento de que a decisão era ilegal e se a decisão não era manifestamente ilegal. O item 2 do referido dispositivo, por sua vez, determina de maneira expressa que as decisões que envolvam os crimes de genocídio ou contra a humanidade sempre serão considerados manifestamente ilegais, não sendo possível, portanto, se alegar a obediência hierárquica como defesa.

Convém mencionar que os julgamentos subsequentes ao Tribunal de Nuremberg criaram um vasto repertório jurisprudencial, dentre eles, os chamados “princípios de Nuremberg”. Dentre eles, de extrema importância para a excludente prevista no artigo 33 do Estatuto de Roma são os princípios II e IV, que assim

dispõem: “Princípio II: O fato de que as leis internas não imponham punição por um ato que constitua crime com base no Direito Internacional não exime a pessoa que o cometeu de sua responsabilidade com base no Direito Internacional” (CRETELLA NETO, 2014, p. 131) e “Princípio IV: o fato de que uma pessoa agiu com base em ordem de seu governo ou de um superior não o exime da responsabilidade de acordo com o Direito Internacional, desde que uma escolha moral lhe fosse possível” (CRETELLA NETO, 2014, p. 131). O entendimento restritivo de Nuremberg refletiu-se nos demais Tribunais internacionais durante o século XX, senão vejamos:

A Convenção sobre o Genocídio e a Convenção de Genebra, por exemplo, não contêm qualquer disposição sobre ordens superiores, embora a Convenção sobre Tortura exclua a defesa baseada nisso. O artigo 7.º (4), do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o artigo 6º (4) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Ruanda repetiram essencialmente o artigo 8º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg (tradução nossa) (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010, p. 416).

Tal excludente sempre foi cercada de discussões, em razão, principalmente, do conflito entre os princípios de direito internacional e os princípios da disciplina militar. Quando dos julgamentos de Nuremberg, Hartley Shawcross, no papel da acusação, se manifestou no sentido de que

a lealdade política, a obediência militar são coisas excelentes, mas não exigem nem justificam a perpetração de *actos* manifestamente ilegais. Chega-se a um momento em que um ser humano deve recusar-se a obedecer ao seu chefe, sempre que deva também obedecer à sua consciência. Mesmo o simples soldado não é obrigado a obedecer ordens ilegais (ALMEIDA, 2009, p. 465).

Em sentido semelhante, se manifesta Kai Ambos (2008, p. 533):

O princípio da obediência e disciplina dentro de organizações militares que serve de base para a causa de exculpação de punibilidade fundada em uma ordem, deve encontrar um limite ali onde a execução da ordem conduz à lesão de bens jurídicos fundamentais, como os que se protegem com os tipos penais do ETPI.

Segundo Ferreira de Almeida (2009), esse conflito se dá, em grande parte, porque a concepção de uma disciplina militar rigorosa não ocorre no Direito Internacional, porque este não possui um exército próprio, sendo assim inconcebível que uma ordem hierárquica superior entre em conflito com o dever de proteger os direitos tutelados pelo ordenamento jurídico internacional.

Tal é a insignificância das ordens superiores no Direito Internacional que essa excludente existe apenas na teoria, não sendo uma defesa suficiente para a prática internacional penal. Nesse sentido, aduz Kai Ambos (2008, p. 531-532):

Ademais, ainda que o atuar em cumprimento de uma ordem siga sendo continuamente alegado nos processos de direito penal internacional, praticamente nunca foi reconhecido como uma causa independente de exclusão da punibilidade. Isto confirma a tese de que o autor que se encontra integrado em uma estrutura hierárquica de mando e comete crimes internacionais “em cumprimento a uma ordem” não poderá beneficiar-se da ordem em si, senão somente outras “defesas”, especialmente um erro (relevante) sobre a antijuridicidade da ordem ou uma exclusão da punibilidade fundada em um estado de necessidade por coação.

Para o autor, portanto, os requisitos necessários para que se configure a excludente por ordem superior ensejam, na verdade, outras excludentes com uma base mais sólida no Direito Internacional Penal, como o erro e a coação. Partilha dessa opinião também Ferreira de Almeida (2009), que compreende que o fato de um subordinado simplesmente obedecer a uma ordem ilegal, não se constitui por si, uma defesa e sim uma circunstância, que poderá valer ao acusado se combinada com outras defesas, como um erro relevante sobre a ilicitude da ordem ou um estado de necessidade por coação, por exemplo.

No que pese sua pouca aplicabilidade concreta, o artigo 33 do Estatuto de Roma determina que, para a obediência hierárquica ser sustentada como uma excludente da responsabilidade internacional penal deve-se atentar a três requisitos: o agente estava, por lei, obrigado a obedecer às decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico; o agente não tinha conhecimento da ilegalidade da decisão; e a decisão não era manifestamente ilegal.

O requisito de obrigação de obedecer às leis ou decisões resulta do fato de que o agente deveria, para suscitar a defesa, estar obrigado, legalmente, a cumprir a ordem que determinou que cometesse o delito internacional. Contudo, esse requisito vem encontrando posicionamentos discrepantes, em razão, principalmente, das diferenças entre os Estados, pois há Estados em que apenas os militares são obrigados a cumprir ordens, enquanto que em outros os civis também o são; alguns Estados determinam que deve haver uma ordem específica a ser obedecida, enquanto outros nada falam sobre isso, entre outras diferenças (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010).

O segundo requisito, por sua vez, é de que o agente não pode ter conhecimento de que a ordem que lhe foi dada era ilegal. Para Kai Ambos (2008, p. 536), “este desconhecimento pode ocorrer, contudo, somente a respeito de ordens não manifestamente antijurídicas, pois se uma ordem é manifestamente antijurídica, sua antijuridicidade está *per definionem*, ‘escrita na frente’”. Tal requisito se faz necessário porque todo o conceito dessa tese defensiva resta no dilema entre cumprir a ordem e sofrer a sanção internacional penal ou não cumpri-la e sofrer uma sanção militar, e, uma vez que a ordem é ilegal, não haverá uma sanção militar (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010).

Por fim, o terceiro requisito é o de que a ordem não pode ser manifestamente ilegal. Ora, tal condição se relaciona diretamente com a anterior: se a ordem for manifestamente ilegal, o indivíduo não precisa cumpri-la, pois sabe que não haverá punição pelo seu descumprimento. Essa defesa depende do fato de existir

uma ignorância em relação à ilicitude da ordem, o que não aconteceria nestes casos, posto que seria manifestamente ilegal. A problemática desse requisito, contudo, resta na sua parte principal: o que é manifestamente ilegal? Kai Ambos (2008) entende no sentido de que tal expressão era duramente criticada pela doutrina internacional penal, porque, antes do Estatuto de Roma, não havia uma tipificação positivada dos delitos internacionais. Já Cryer, Friman, Robinson e Wilmshurst (2009, p. 419), por sua vez, entendem que a ideia do que é ilegal possui padrões diferentes (como entre civis e militares) e que certas coisas, como cultura e propaganda, também influenciam no conceito de “manifestamente ilegal”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conflitos do século XX deixaram como resultado um número assustador de 200 milhões de mortos, o equivalente a 10% da população mundial em 1900. O século XXI, até o momento, não demonstra sinais de que será menos violento do que o anterior. Só a guerra civil na Síria já vitimou mais de 500 mil indivíduos.

Frente a essa perspectiva assustadora, de vital importância se mostra o Tribunal Penal Internacional: um órgão permanente com a competência para julgar as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional. O Estatuto de Roma trouxe consigo uma parte geral do Direito Internacional Penal, algo impensável até pouco tempo atrás, que agora possui uma certa organização.

Entre essa parte geral, há também que se falar da presença das excludentes de responsabilidade previstas nos artigos 31 a 33 do Estatuto de Roma. Isso demonstra que, apesar de abarcar apenas os crimes mais graves no plano internacional, nem por isso o Tribunal deixou de proporcionar meios apropriados de defesa aos acusados, garantindo, assim, o devido processo legal.

Pelo artigo 31 do Estatuto de Roma, estará abarcado pelas excludentes aquele que sofre de enfermidade mental, que esteja intoxicado, que aja em defesa própria ou de terceiro e aquele que aja em razão de uma coação ou de um estado de necessidade. Apesar de não ser um rol exaustivo, haja vista que há, ainda, os artigos 32 e 33, tal dispositivo se reveste de enorme importância, uma vez que é todo o alicerce da construção das excludentes no Estatuto de Roma, além de trazer no seu texto algumas das principais defesas.

Contudo, esses meios de defesa encontraram uma base sólida apenas no plano ideal, sendo de pouca aplicabilidade nos casos concretos, o que, na opinião de alguns doutrinadores, se dá em razão de uma reserva psicológica, no sentido de que os julgadores se negassem a reconhecer tais defesas frente às atrocidades cometidas pelos acusados. Como se arguir uma defesa de insanidade mental após ajudar a perpetrar um crime de genocídio? Ou um crime contra a humanidade?

Ainda, há que se mencionar o fato de que o Estatuto de Roma não faz qualquer distinção entre as causas exculpantes e as causas justificativas, como

ocorre no Brasil, por exemplo. Sem dúvida uma diferenciação no plano do Tribunal Penal Internacional traria vantagens para o Direito Internacional Penal.

Quanto às excludentes de responsabilidade propriamente ditas, previstas nos artigos 31 a 33 do Estatuto de Roma, encontram-se poucas posições divergentes entre a doutrina internacional. Apesar de se terem cotejado lições de autores alemães, brasileiros, portugueses e ingleses, todos apresentaram opiniões semelhantes, mesmo pertencendo a sistemas jurídicos diferentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. *Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal (tese de doutoramento)*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2009.

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Ed. bras. ref. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRYER, Robert; FRIMAN, Hákan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Second Edition. Cambridge University Press: Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo, 2010.

DARCY, Shane. *Defences to International Crimes*. 2011. Disponível em: <<https://aran.library.nuigalway.ie/bitstream/handle/10379/2147/DARCY%20Defence%20to%20international%20crimes.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

ESER, Albin. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. München, 2008.

Estatuto de Roma. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 5 jul. 2017.

GILBERT, Jérémie. *Justice not Revenge: The International Criminal Court and the 'grounds to exclude criminal responsibility': defences or negation of criminality?* Middlesex University Research Repository. Disponível em: <<http://eprints.mdx.ac.uk/4268/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris,

2006.

Síria entra no sétimo ano de um conflito que já matou 320 mil pessoas. *Diário de Notícias*. Disponível em: <<http://www.dn.pt/mundo/interior/siria-entra-no-setimo-ano-de-um-conflito-que-ja-matou-320-mil-pessoas-5723217.html>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Recebido em 05.07.2018

Aceito em 11.07.2018

