

APONTAMENTOS SOBRE O CÓDIGO PENAL INTERNACIONAL ALEMÃO

Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Advogado em Porto Alegre.

1. Apontamentos de caráter geral

Em 11 de dezembro de 2000 a Alemanha ratificou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Porém, já no momento da subscrição do Estatuto de Roma, efetuada em 09.12.1998, o governo alemão manifestava a intenção de adaptar o Direito Penal alemão interno vigente ao Estatuto. E tendo em vista este propósito, em outubro de 1999 o governo alemão designou um grupo de estudiosos para trabalhar na elaboração do projeto de lei para a transposição do Estatuto (a este grupo pertenciam seis cientistas do âmbito do Direito Penal e do Direito Internacional: Kai Ambos, Horst Fischer, Claus Kreß, Thomas Weigend, Gerhard Werle e Andreas Zimmermann). Em maio de 2001 foi apresentado o “Projeto de Trabalho de uma Lei de Introdução ao Código Penal Internacional”.

O projeto apresentava originariamente quatro finalidades básicas: 1- possibilitar uma melhor compreensão dos crimes contra o Direito Internacional e preencher algumas lacunas; 2- desenvolver um trabalho próprio de regulamentação, orientado pela idéia de clareza e aplicabilidade à praxis; 3- tendo em vista a complementaridade da persecução penal pelo Tribunal Penal Internacional, orientar-se segundo a idéia de, na dúvida, assegurar a liberdade; 4- contribuir com a proteção do Direito Internacional Humanitário mediante a criação de um trabalho de regulamentação nacional e contribuir com a propagação do mesmo.¹ Face a isso, em 30 de junho de 2002, justamente um dia antes da entrada em vigência do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, entrou em vigência o *Código Penal Internacional alemão (Völkerstrafgesetzbuch)*², o qual contém as disposições penais que afetam a comunidade internacional como um todo, a saber o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Em realidade, o Código Penal Internacional alemão foi parte de um grande “pacote” de leis, elaborado visando a transposição do Estatuto de Roma. Com a Lei do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, publicada no BGBl. 2000, II, S. 1393, o legislador alemão criou os pressupostos para a entrada em vigência do Estatuto de Roma na Alemanha³, e com a modificação do Art. 16, alínea 2 da própria Lei Fundamental assegurou que os nacionais alemães poderão ser submetidos ao Tribunal Penal Internacional.

Com isso o legislador alemão adaptou o Direito Penal alemão interno às novas condições políticas e judiciais e, com esta atitude pioneira, poderá contribuir para a transposição dos dispositivos do Estatuto de Roma ao âmbito interno dos demais Estados-Partes. Nesse sentido tem observado ainda Steffen Wirth que “o novo Código Penal Internacional alemão tem potencial para se tornar uma poderosa ferramenta para a persecução dos crimes internacionais, por duas razões. Primeiro, porque possibilita a persecução mundial de acordo com os princípios da jurisdição universal. Segundo, porque se submete a algumas exceções, o princípio alemão da persecução obrigatória (*Legalitätssprinzip*) é aplicável às persecuções de acordo com o Código Penal Internacional, isto é, o promotor *deve* acionar (e não lhe cabe decidir de outro modo), se as evidências forem suficientes.”⁴ O que é preciso ressaltar, é o fato de que o Estatuto de Roma não estabelece nenhuma determinação que imponha a realização desta transposição, isto é, não determina que a mesma seja efetuada por meio da criação de um Código Penal Internacional para os Estados-Partes, isso decorre do fato de que é a melhor forma de fazer

¹ GEIGER, Hansjörg. “Internationaler Strafgerichtshof und Aspekte eines neuen Völkerstrafgesetzbuches” in *Freundesgabe für Alfred Büllesbach*, 2002, p. 341.

² A versão portuguesa do Código Penal Internacional alemão (*VStG*), encontra-se em SILVA, Pablo R. Alflen da (Org.). *Tribunal Penal Internacional: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão*. Porto Alegre: safE, 2004. Aversão encontra-se ainda no site do Instituto Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht <http://www.iuscrim.mpg.de>, link *Online Publications*.

³ WERLE, Gerhard; JEBBERGER, Florian. “Das Völkerstrafgesetzbuch”. in *JZ*, 2002, Nr. 15/16, p. 725.

⁴ WIRTH, Steffen. “Germany’s New International Crimes Code”. in *JICJ*, n. 1, 2003, p. 151.

subsistir a tarefa primária dos Estados-Partes de promover a persecução dos fatos puníveis mais graves contra o Direito Internacional.

2. Panorama do Código Penal Internacional alemão

O Código Penal Internacional alemão está estruturado em duas partes, nas quais estão contidas as regras acerca dos fatos puníveis contra o Direito Internacional. A primeira parte (§§ 1 a 5), constitui a Parte Geral (*AT*), na qual estão dispostas as regras gerais e os princípios reitores. O § 1 refere o âmbito de aplicação do Código, determinando que o mesmo é aplicável tanto aos crimes como também aos delitos nele descritos, inclusive quando o fato não foi cometido no estrangeiro e não apresenta nenhuma relação com o âmbito interno do país. No § 2 está disposta a norma central que determina a aplicabilidade do Direito Penal comum, na medida em que não forem aplicáveis as regras especiais do Código Penal Internacional alemão. Nesse sentido, as regras gerais do Direito Penal comum como, por exemplo, as referentes aos elementos subjetivos do crime, erro, causas de exclusão da ilicitude, concurso de pessoas, bem como à omissão, também devem ser aplicadas em relação aos crimes internacionais, pois o Código Penal Internacional alemão elabora regras específicas apenas para a *atuação sob ordem* (§ 3), referindo, neste caso uma causa de exclusão da culpabilidade; para a *responsabilidade do oficial militar e de outros superiores* (§ 4), prevendo, neste caso, como regra geral a posição de garantidor do superior que se omite de impedir que o seu subordinado cometa um dos fatos puníveis descritos na Parte Especial do Código; e para a *imprescritibilidade* (§ 5), dispondo em relação à isso que os crimes definidos pelo Código Penal Internacional alemão são imprescritíveis, pois em sua maior parte constituem atos que configuram violações graves aos Direitos Humanos e que “não autorizam a redução da necessidade de punição em razão do mero decurso do tempo”⁵, porém, os fatos puníveis descritos nos §§ 13 e 14 do Código estão sujeitos às regras gerais da prescrição, por tratarem-se de delitos.⁶

Na segunda parte do Código Penal Internacional alemão (§§ 6 a 14) estão contidos os crimes em espécie.

a) O tipo penal do genocídio, já estabelecido no StGB (Código Penal alemão), é recepcionado pelo § 6 do Código Penal Internacional alemão e compreende as condutas que são perpetradas com a intenção de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, racial, religioso ou étnico. Não obstante, deve-se observar, como ressaltam Werle e Jeßberger⁷, que o elemento do tipo contido no antigo § 220a do StGB “ou pelas suas particularidades como povo”, foi adaptado à linguagem internacional e substituído tão só pela expressão “étnico”. Excetuando-se este ponto, o teor de ambos os dispositivos é idêntico.

b) O tipo penal regulado no § 7 do Código Penal Internacional alemão, dos *crimes contra a humanidade*, supre uma lacuna até então existente no Direito Penal alemão. Ali são cominadas com pena algumas condutas desumanas que são cometidas, nos marcos de um ataque sistemático ou generalizado, contra uma população civil. Com isso o § 7 do Código Penal Internacional alemão está em estrita unissonância com o Art. 7 do Estatuto de Roma, ao distinguir entre o “ato integral”, isto é, o ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, e as hipóteses de condutas isoladas, os “atos isolados”.⁸ Como atos isolados são indicados o homicídio (n. 1), o extermínio (n. 2), a escravidão (n. 3), a expulsão (n. 4), a tortura (n. 5), a violação sexual (n. 6), o ato de manter desaparecida uma pessoa pelo uso da força (n. 7), a infligência de danos físicos ou psíquicos graves (n. 8), a privação da liberdade (n. 9), bem como a perseguição (n. 10). Desviando-se do Estatuto de Roma, no entanto, o § 7 prevê vários tipos qualificados pelo resultado e dispõe hipóteses de casos de menor gravidade, cominando para os mesmos penas reduzidas.

⁵ KREICKER, Helmut. “Die völkerstrafrechtliche Unverjährbarkeit und die Regelung im Völkerstrafgesetzbuch” in *NJ*, Nr. 6, 2002, p. 286.

⁶ Cabe observar aqui a distinção que o Direito Penal alemão realiza entre crime e delito, considerando como crimes os fatos antijurídicos que são cominados com pena privativa de liberdade mínima não inferior a um ano.

⁷ WERLE, Gerhard; JEBBERGER, Florian. *op. cit.* p. 727.

⁸ *Idem*, p. 728.

c) Na seção dois (§§ 8 a 12) estão tipificados os *crimes de guerra*⁹, isto é, os fatos puníveis que foram cometidos no contexto de um conflito armado internacional ou não-internacional. Como observam Werle e Jeßberger, foram transpostos, aqui, além do Art. 8 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o I Protocolo Complementar às Convenções de Genebra¹⁰, bem como o II Protocolo Complementar à Convenção para Proteção dos bens culturais nos conflitos armados. Contudo, o critério de sistematização dos §§ 8 a 12 do Código Penal Internacional não é o caráter do conflito, mas a distinção entre a proteção das pessoas e do patrimônio por um lado (Direito de Genebra), e a limitação do emprego de determinados métodos e meios de condução da guerra por outro (Direito de Haia).¹¹ No início da Seção 2 estão tipificados os “crimes de guerra contra pessoas” (§ 8). O § 8 alínea 1 do Código, vale tanto para os conflitos armados internacionais como para os não-internacionais e abrange como atos isolados o homicídio (n. 1), a tomada de reféns (n. 2), o tratamento cruel ou desumano (n. 3), a violação sexual (n. 4), o alistamento e o uso de crianças como soldados (n. 5), a deportação (n. 6), a punição sem o devido processo judicial (n. 7), os experimentos médicos ou a extração de órgãos (n. 8), assim como o tratamento aviltante ou degradante (n. 9). O § 8, alínea 3, elenca os fatos puníveis cometidos, exclusivamente, em conflitos armados internacionais e compreende o repatriamento retardado dos presos de guerra (n. 1), a transferência da população civil de uma força de ocupação (n. 2), a imposição de servir nas forças armadas inimigas (n. 3), a prática de ato de guerra para a força inimiga (n. 4). Os §§ 9 e 10 do Código Penal Internacional tipificam, respectivamente, os “crimes de guerra contra a propriedade e outros direitos” e os “crimes de guerra contra operações humanitárias e emblemas”. Uma matéria essencial do Direito de Haia, como ressaltam Werle e Jeßberger, é regulada pelo § 11 do Código Penal Internacional, que tipifica os “crimes de guerra do emprego de métodos de condução de guerra proibidos”. A alínea 1, que vale, da mesma forma, tanto para os conflitos armados internacionais como para os não-internacionais, criminaliza os ataques contra pessoas civis (n. 1) e objetos civis (n. 2), assim como os ataques que levam a danos civis desproporcionais em relação à vantagem esperada (n. 3), além disso, criminaliza o uso de pessoas como escudo de proteção humano (n. 4), o estabelecimento da inanição de civis (n. 5), a ordem ou a ameaça de não conceder perdão (n. 6), a morte ou ferimento, à traição, de combatente das forças inimigas (n. 7). Por fim, o § 12 do Código Penal Internacional criminaliza o “emprego de meios de condução de guerra proibidos”. Neste caso, independente da ocorrência de dano, são punidos o emprego de veneno e de armas venenosas (n. 1), de armas químicas e biológicas (n. 2), bem como o uso das chamadas balas “dum-dum” (n. 3).

d) No Código Penal Internacional, porém, não foi estabelecida a regulamentação do *crime de agressão*. Diferentemente do que ocorreu com o § 220a (genocídio) do StGB, em sua antiga versão, o § 80 do StGB, que tipifica o crime de “Preparação de uma guerra de agressão” (*Vorbereitung eines Angriffskrieges*), não foi adaptado ao Código Penal Internacional. Isso porque como o Estatuto de Roma não definiu o crime de agressão, o legislador alemão tomou como prudente manter o dispositivo do StGB, sem adaptá-lo ao Código Penal Internacional. Esta decisão do legislador alemão, de renunciar a uma iniciativa independente e de aguardar o desenvolvimento da questão no âmbito do Direito Internacional, levou, inclusive, a que não fosse empregada a determinação constitucional do art. 26 da GG que estabelece que tais crimes (de guerra de agressão) sejam cominados com pena.¹²

3. Das punições

Ao passo que o Estatuto de Roma deixou de estabelecer os marcos penais para os tipos, afirmando tão só as penas admitidas, o Código Penal Internacional concretizou as cominações e

⁹ Para uma análise aprofundada acerca disso, compare WERLE, Gerhard; NERLICH, Volker. “Die Strafbarkeit von Kriegsverbrechen nach deutschem Recht”, in *Humanitäres Völkerrecht*. Heft 3, 2002, p. 124 e ss. Há tradução portuguesa sob o título “A punibilidade dos crimes de guerra de acordo com o Direito alemão”, in SILVA, Pablo Rodrigo Alflen (Org.). *op. cit.* p. 89 e ss.

¹⁰ Refere-se aqui ao Protocolo Complementar às Convenções de Genebra de 12.8.1949 sobre a Proteção das vítimas de Conflitos armados internacionais.

¹¹ WERLE, Gerhard; JEßBERGER, Florian. *op. cit.* p. 728.

¹² Idem, *ibidem*.

estabeleceu marcos penais a todos os tipos (isso em razão de que o Art. 103, 2 da GG impõe não só a determinação do tipo, mas também dos marcos penais). Com isso, o Código Penal Internacional estabelece que os *crimes* (§§ 6 a 12), serão punidos com penas que variam de prisão perpétua à pena privativa de liberdade mínima de um ano; já para os *delitos* (§ 13 e 14) foi estabelecida pena privativa de liberdade com o limite máximo de cinco anos.

4. Considerações

O Código Penal Internacional alemão, enquanto atitude pioneira por parte do legislador alemão, cria fundamentos jurídicos consideravelmente melhores para a persecução dos crimes contra o Direito Internacional pela justiça alemã. Nesse sentido, contribui ainda para a consolidação do Direito Penal Internacional e do Direito Humanitário Internacional, ao passo em que configura uma diretriz na transposição do Estatuto de Roma para o âmbito interno dos demais Estados Partes. Tal característica tinha sido levada em conta pelo legislador alemão já no momento da elaboração do *Projeto de Trabalho de uma Lei de Introdução ao Código Penal Internacional*, de modo que, como os demais Estados-Partes também se encontram diante da questão de como devem transpor o Estatuto de Roma, foi estabelecida como uma das finalidades do Projeto a função orientadora e instrutiva.¹³

¹³ Nesse sentido GEIGER, Hansjörg. *op. cit.* p. 347.