

# A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

*Alexandre Luiz Pereira da Silva*

Professor Adjunto de Direito Internacional Público da UFPE.  
Doutor em Direito (UFPE). Mestre em História (UFRGS)

**RESUMO:** O estudo procura examinar o instituto da obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade, sob duplo enfoque: no direito penal brasileiro e no direito internacional penal que vem se constituindo na sociedade internacional do século XXI. Buscou-se estabelecer um paralelo entre os dois, na tentativa de encontrar-se elementos similares e diferenciadores. O debate sobre a obediência hierárquica acentuou-se com Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional, provocando acesos tanto na esfera interna como internacional.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Perspectiva histórica sobre a culpabilidade. 2. Exigibilidade de conduta diversa. 3. Obediência hierárquica. 4. Obediência hierárquica no Direito Penal brasileiro. 4.1. O tema na Constituição Federal de 1988. 4.2. O tema no Código Penal. 4.3. Código Penal Militar. 5. Obediência hierárquica no Direito Internacional Penal. 5.1. Tribunais do pós-Segunda Guerra Mundial: Nuremberg e Tóquio. 5.2. Comissão de Direito Internacional e as convenções internacionais sobre Direitos Humanos. 5.3. Tribunais ad hoc para a ex-Iugoslávia e Ruanda. 5.4. Tribunal Penal Internacional. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é examinar o instituto da obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade, tanto no direito penal brasileiro como no direito internacional penal, procurando estabelecer um paralelo, na busca de elementos similares e diferenciadores.

Na perspectiva do direito brasileiro, investiga-se por meio de um duplo viés: do direito penal e do direito constitucional. No direito internacional, a análise do instituto passa pelo exame do tema nos tratados internacionais de direitos humanos e nos estatutos dos tribunais internacionais penais, tanto os históricos como os que estão em funcionamento na atualidade.

A defesa com base na obediência a ordens superiores é um conceito aparentemente fácil de definir. Apesar disso o tema causa mais confusão entre os juristas, nacionais e estrangeiros, do que se poderia imaginar.

Antes de estudar-se propriamente a exculpação legal da obediência hierárquica faz-se necessário contextualizá-la dentro do princípio da culpabilidade, partindo de uma evolução histórica até sua posição no direito interno e no direito internacional.

Trata-se de um assunto, na esfera internacional, também bastante polêmico e controvertido. As ordens emanadas de superior hierárquico, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Nuremberg e dos tribunais ad hoc das Nações Unidas, não aceitam como circunstâncias que eliminam a culpabilidade, e recentemente foi inserida no Estatuto que criou o Tribunal Penal Internacional.

É importante frisar que essa situação de obediência a ordens superiores é uma excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, dessarte, também essa causa supralegal de exclusão da culpabilidade será apreciada.

## 1. CONCEITO E PERSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE A CULPABILIDADE

Na visão finalista de Hans Welzel, uma ação se converte em delito quando infringe o “de um modo determinado a ordem da comunidade, tendo que ser ‘típica’ e ‘antijurídica’, e suscetível de ser reprovada ao autor como pessoa responsável, tendo que ser ‘culpado’”<sup>1</sup>. Por isso, o crime é o resultado de ação típica, antijurídica e culpável, ou seja, é a presença desses três elementos que converte uma ação em um delito.

Nesse sentido, não parece, concessa venia, correto o entendimento de parte da doutrina penalista brasileira que entende a culpabilidade como um pressuposto da pena, e não como integrante da teoria do crime.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 57.

<sup>2</sup> Por exemplo, é a tese defendida por Damásio E. de Jesus que entende que o crime se compõe de fato típico e antijurídico somente, figurando a culpabilidade como mero pressuposto da pena. JESUS, Damásio E. Direito penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 133.

Lembre-se que a tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito, a antijuridicidade um juízo de contrariedade da conduta do homem com o direito e a culpabilidade um juízo sobre o autor deste fato. Salienta Cláudio Brandão que com “tipicidade e antijuridicidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade, pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato”<sup>3</sup>. Portanto, uma ação típica e antijurídica somente se converte em crime com o acréscimo do elemento culpabilidade.

Uma definição possível de culpabilidade seria dizer que se trata “de reprovação pessoal que se dirige ao autor pela realização de um feito tipicamente antijurídico”<sup>4</sup>. Na essência a culpabilidade reside na reprovabilidade da verificação do injusto típico ao autor.

Além disso, para que haja culpabilidade é indispensável a presença de três requisitos: capacidade de culpabilidade, consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, elementos específicos que fazem parte do conceito dogmático de culpabilidade.

Para se alcançar esse conceito de culpabilidade foi percorrido um longo caminho. Os antecedentes primitivos para se tentar explicar a culpabilidade são encontrados no direito penal italiano da Baixa Idade Média e na doutrina do direito comum elaborada nos séculos XVI e XVII.<sup>5</sup>

Todavia, para o melhor entendimento, a evolução da ideia de culpabilidade será buscada à luz da construção das teorias desenvolvidas sobre o instituto, tais como a teoria psicológica, teoria a psicológica-normativa e a teoria normativa pura.

A primeira formulada foi a teoria psicológica da culpabilidade, de índole psicológico-naturalista, sem qualquer caráter normativo. Para esta, a culpabilidade é um vínculo psíquico que liga o autor ao fato, ou seja, há uma relação psicológica entre a conduta e o resultado. Portanto, a culpabilidade pode ser apresentada de duas formas, dolo e culpa. Na primeira, o agente conscientemente procura alcançar o resultado; já na segunda forma, requer apenas a previsibilidade ou a falta de diligência para evitar um resultado contrário ao direito.

<sup>3</sup> BRANDÃO, Cláudio. Teoria jurídica do crime. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 131.

<sup>4</sup> DEL ROSAL, Manuel Cobo; ANTÓN, Tomás Vives. Derecho Penal: parte general. 5. ed. aum. atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 535.

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 339.

O equívoco dessa teoria foi o de reunir como espécies de culpabilidade fenômenos diversos: dolo e culpa, não explicando de maneira satisfatória a culpabilidade penal, já que o dolo caracteriza-se por uma atitude desejada pelo autor, enquanto a culpa seria uma atitude não desejada do resultado. Tampouco, poder-se-ia fundar o conceito de culpabilidade da culpa inconsciente – quando não há previsão – com fundamento na concepção psicológica da culpabilidade, já que nela não há uma relação psíquica com o resultado.

Em 1907, Reinhart Frank em sua obra *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* propôs a redefinição de culpabilidade como reprovabilidade, desta forma inaugurando o seu conceito normativo, “sob o argumento de que um comportamento proibido só pode ser atribuído à culpabilidade de alguém, se é possível reprová-lo sua realização”<sup>6</sup>. Além deste autor, destacam-se na linha de pensamento normativista, James Goldschmidt e Berthold Freudenthal.

Essa teoria normativa ou psicológico-normativa da culpabilidade entende que não é apenas situação psicológica que compõe a culpabilidade. Isto porque, além desses elementos subjetivos, deve-se acrescentar outro, de índole normativa, o qual permita determinar se é possível reprová-la a conduta do agente. Assim, consideram ser essencial a existência de um juízo de valoração que permita analisar se era ou não possível exigir do agente outra conduta.

Nessa mesma linha, acrescenta Magalhães Noronha que na culpabilidade destacam-se dois elementos: o normativo, ligando a pessoa à ordem jurídica, e o psicológico, vinculando-a subjetivamente ao ato praticado<sup>7</sup>. Enfim, para os defensores dessa teoria o intérprete não deve limitar-se somente ao aspecto psicológico – dolo ou culpa – mas deve também analisar a personalidade do agente a fim de determinar se a sua vontade deve ser ou não considerada reprovável e, conseqüentemente, responsável.

Portanto, a culpabilidade psicológico-normativa compõe-se dos seguintes elementos: a) imputabilidade (pressuposto da culpabilidade); b) elemento psicológico-normativo, que pode ser o dolo ou a culpa (elementos da culpabilidade); e c) a exigibilidade de conduta conforme ao direito.

Críticas à teoria psicológico-normativa foram formuladas desde o seu aparecimento. Afirmava Binding que definir a culpabilidade como repro-

<sup>6</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 206.

<sup>7</sup> NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**, vol. 1: introdução e parte geral. 38. ed. rev. atual. por Adalberto José Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 103.

vabilidade importava em um erro lógico consistente em confundir a causa com o efeito. Para o penalista argentino Sebastian Soler, a afirmação de que a culpabilidade é reprovação equivale dizer que a virtude é aprovação, ou que a periculosidade é temor, assim como um sujeito é temido porque é perigoso ou estimado porque é virtuoso, assim também é reprovável porque é culpável<sup>8</sup>.

A evolução do conceito de culpabilidade se processa no sentido de excluir da ideia de culpa elementos psicológicos, reduzindo-a a conceito normativo, ou melhor, uma teoria normativa pura, sustentada pelo finalismo welzeliano.

O finalismo vem, então, com a teoria normativa pura da culpabilidade. Formulada pelo professor Hans Welzel da Universidade de Göttingen, por volta de 1930, trazendo a ideia de que o dolo encontra-se na ação e não na culpabilidade.

Nas palavras de Welzel:

Toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, ou seja, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (= “dolo do tipo”). A ação objetiva é a execução adequada do dolo. [...] O dolo como mera resolução é penalmente irrelevante, já que o Direito Penal não pode alcançar o puro ânimo. [...] Dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito.<sup>9</sup>

Para os defensores da teoria finalista, a culpabilidade deve ser entendida como um juízo de reprovação, já que no agente há a possibilidade da consciência da antijuridicidade, motivo pelo qual dela faz parte a imputabilidade.

Nesse sentido, para os finalistas a culpabilidade tem os seguintes elementos: *a)* imputabilidade; *b)* possibilidade de conhecimento do injusto; e *c)* exigibilidade de conduta diversa.

Isto posto, a concepção finalista traz exclusivamente elementos que são conceitos normativos, ou seja, da culpabilidade foi retirada qualquer vesti-

<sup>8</sup> SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**, tomo I. Buenos Aires: TEA, 1973, p. 13.

<sup>9</sup> WELZEL, *op. cit.*, p. 77.

gio de elemento psicológico. O elemento psicológico (dolo) está na ação e não na culpabilidade.<sup>10</sup>

Vê-se, por consequência, uma diversidade de abordagens sobre o conceito de culpabilidade ao longo da história do direito penal. De uma ideia de ligação psicológica entre o agente e o seu fato (teoria psicológica), passando por um juízo de valor sobre uma situação fática (teoria psicológica-normativa) até chegar a concepção de que a culpabilidade é um juízo valorativo, um juízo de reprovação que se faz ao autor de um fato criminoso (teoria finalista).

## 2. EXIGIBILIDADE CONDUTA DIVERSA

Não atua de modo culpável aquele a quem não pode ser exigida uma conduta distinta da realizada, isto é, há situações em que a conduta do sujeito não será reprovável porque não se podia exigir dele o sacrifício de atuar como o fez. A exigibilidade de outra conduta, como visto, vem das considerações gerais formuladas por Frank, com respeito a estrutura do conceito de culpabilidade.

O fato de “não se poder exigir” outra conduta do sujeito em determinada situação, delimita o âmbito de uma causa de exclusão da culpabilidade. Essa situação de inexigibilidade de comportamento diverso é determinada pelo conflito entre sofrer um mal e causar um mal.

A exigibilidade de outra conduta tem um fundamento histórico concreto. Segundo o reportado na história jurídica, a opinião foi formada pela primeira vez por meio da jurisprudência do Tribunal do Império da Alemanha, na primeira metade do século XIX, quando foi examinado no caso *Leinenfänger* – cavalo que não obedece às rédeas.

No caso em tela, o dono de uma empresa de coches ordenou a um empregado que colocasse na carruagem um “cavalo de caça”, bastante arreado ao comando para parar quando avista uma caça. O cocheiro, prevendo um eventual problema, negou-se a colocar tal cavalo. Sob ameaça de perder o emprego dada a ameaça do proprietário da empresa que obedecesse tal ordem, o cocheiro cumpriu o comando. Quando a carruagem encontrava-se na rua, inesperadamente, o animal disparou sem controle ao avistar a caça, causando lesões corporais em um transeunte.

<sup>10</sup> BRANDÃO, *op. cit.*, p. 144.

O Tribunal absolveu o empregado, reconhecendo que o Direito somente pode fazer uma reprovação pessoal sobre uma pessoa se puder exigir dela uma outra conduta, o que não ocorreu no caso.<sup>11</sup>

Para Mezger, tal caso espelha o resultado da “especial causa ‘supralegal’ – porque descansa em considerações valorativas no caso concreto – (de exclusão da culpabilidade) da ‘não exigibilidade’ é direito reconhecido no âmbito da conduta culposa”<sup>12</sup>. Acrescenta o penalista alemão: “a causa de exclusão da culpabilidade da não exigibilidade garante as últimas possibilidades de negar a culpabilidade do agente por sua ação. Nesta zona limite mais extrema da culpabilidade jurídico-penal domina o pensamento da consideração valorativa, mas em todo caso orientada na lei.”<sup>13</sup>

Outro caso interessante vem da jurisprudência argentina trazida por Luis Jiménez de Asúa. No caso em tela, a justiça platina absolveu, como fundamento na exclusão da culpabilidade por não exigibilidade de outra conduta, um motorista de Estado que atropelou um pedestre ao obedecer à ordem de entrar em sentido proibido para que a autoridade chegasse a tempo hábil em importante compromisso. A inexigibilidade de conduta diversa foi confirmada como motivo de absolvição pela Câmara de Apelações Criminais e Correccionais de Buenos Aires.<sup>14</sup>

Também para Heleno Cláudio Fragoso não há reprovabilidade se na situação em que se achava o agente não lhe era exigível comportamento diverso. No caso, afirma, “subsiste a ilicitude, mas exclui-se a culpabilidade naqueles casos em que o agente cede à presença de circunstâncias ou motivos excepcionais, que tornam inexigível comportamento diverso”.<sup>15</sup>

Como visto acima, a exigibilidade de comportamento diverso é um dos três elementos da culpabilidade, enquanto a inexigibilidade de outra conduta constitui o motivo de algumas causas de exclusão da culpabilidade. No direito penal brasileiro tais hipóteses encontram-se em dois casos: na coação irresistível e na obediência hierárquica (art. 22 do Código Penal).

Nota, no entanto, Francisco de Assis Toledo que além dessas

<sup>11</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro, Forense: 2005, pp. 144-145.

<sup>12</sup> MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [1949?], p. 207.

<sup>13</sup> *Idem, ibidem*, p. 210.

<sup>14</sup> BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento de dever legal**. Porto Alegre: Safe, 2005, p. 332.

<sup>15</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 214.

A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui um verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito.<sup>16</sup>

Isto posto, a inexigibilidade de conduta diversa funciona como excludente da culpabilidade, aceita no direito penal brasileiro.

### 3. OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

“Ordem é ordem”, como bem diz Elias Canetti, “é possível que o caráter definitivo e indiscutível atrelado à ordem seja a causa de pouca reflexão a seu respeito. Aceita-se a ordem como algo que sempre existiu; ela parece tão natural quanto imprescindível”<sup>17</sup>.

Acrescenta ainda o pensador de origem búlgara:

No cumprimento do dever, o soldado só age sob ordens. Ele pode ter vontade de fazer uma coisa ou outra, mas, sendo soldado, isso não conta: tem de renunciar a fazê-lo. Um soldado não pode ver-se diante de uma encruzilhada, pois, diante de uma, não é ele quem decide qual dos dois caminhos tomar. Sua vida ativa é restrita sob todos os aspectos. Ele faz o que todos os demais soldados fazem *juntamente* com ele; e faz o que lhe é ordenado. A ausência nele de todos os demais atos que os outros homens acreditam praticar de livre e espontânea vontade torna-o sedento dos atos que ele *tem* de executar.<sup>18</sup>

Também Arthur Kaufmann debruçou-se sobre o tema, colocando que falta aos soldados qualquer direito de resistência. Para o filósofo alemão nesse caso:

Falta desde logo a proporcionalidade; a resistência teria que ocorrer em grande escala e conduziria por isso provavelmente a situações caóticas e ao derramamento de sangue. Mas, sobretudo, não pos-

<sup>16</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 328.

<sup>17</sup> CANETTI, Elias. **Massa e poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 303.

<sup>18</sup> *Idem, ibidem*, p. 312.

suem os simples soldados (entre os quais como também os oficiais inferiores e intermédios) o necessário discernimento e a exigível visão global da situação; eles não se encontram, portanto, entre as “personalidades de especial estatuto e consideração”. Finalmente a perspectiva de êxito dessa resistência seria mínima. Mesmo abstraído de tudo isto, é de ter em consideração que seria demasiado exigir ao simples soldado que tivesse de ponderar juridicamente todas estas questões: dever de obediência, deserção, resistência. Por isso, prevalece quanto a ele o dever de obediência.<sup>19</sup>

Já para o penalista italiano Vincenzo Manzini, “a ordem hierárquica, fundada sobre normas de direito, tem a finalidade de declarar categórica e imperativamente ao subordinado o que, segundo a lei, ele deve fazer para cumprir com seu dever”.<sup>20</sup>

Normalmente, a busca por uma excludente de responsabilidade individual por obediência a ordens superiores é utilizada por escalões inferiores. Todavia, oficiais nazistas graduados, que dispunham de grande poder na hierarquia do Terceiro Reich, também usaram o argumento de que apenas cumpriam ordens expressas do *Führer*, defesa que foi rejeitada pelo Tribunal de Nuremberg, como se verá adiante.

No entanto, não impediu que essa mesma argumentação fosse utilizada novamente por Adolf Eichmann junto à Corte Distrital de Jerusalém quando do seu julgamento na participação da “solução final dos judeus”.<sup>21</sup>

Quando as ordens superiores são expedidas, elas podem ser ilegais tanto sob o prisma do direito interno quando do direito internacional, neste caso, não haverá nenhum conflito entre os dois sistemas legais em decorrência da ilegalidade dessas ordens.<sup>22</sup>

Três soluções têm sido sugeridas ao problema da obediência hierárquica: *a)* o sistema da obediência passiva, em que se exclui, de modo absoluto a possibilidade do inferior indagar da legalidade da ordem recebida, isto é, uma obediência cega ou absoluta; *b)* o sistema conhecido como das “baionetas inteligentes”, no caso o inferior tem o direito de discutir a ordem do

<sup>19</sup> KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 373-374.

<sup>20</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1949, p. 32.

<sup>21</sup> ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

<sup>22</sup> DINSTEIN, Yoram. **Guerra, agressão e legítima defesa**. 3. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 198.

superior e recusar-lhe obediência, quando a ordem é ilegal; c) um sistema intermediário, no qual a ordem deverá ser cumprida, se aparentemente legal, mas caso seja manifestamente ilegal, ao inferior, a circunstância da obediência apenas atenuará a pena resultante do cumprimento da ordem.

A obediência hierárquica tem sido objeto de grande controvérsia, quanto à sua natureza jurídica. O tema não é pacífico na doutrina brasileira e o debate em torno da questão também acirrou posições no direito internacional penal.

#### 4. A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Aparentemente, a obediência hierárquica como defesa é um conceito relativamente fácil de definir. Conceituar o que é obediência hierárquica, no entanto, entre os juristas causa mais confusão do que se imaginaria. Para uns trata-se de uma justificação, para outros, é uma circunstância atenuante e há aqueles que consideram ambas as coisas.

Entre os penalistas brasileiros o tema da obediência hierárquica como excludente da culpabilidade tem diferentes fundamentações, variando as posições entre erro de proibição, inexigibilidade de outra conduta e a possibilidade de que ocorra tanto o erro quanto a inexigibilidade de conduta diversa. Veja-se algumas posições:

Para Aníbal Bruno, aquele que cumpre ordem legítima não pode ser acusado de crime, já que seria o caso de estrito cumprimento do dever legal, dessa forma excluindo a antijuridicidade do fato do agente. No caso da ordem ilegal aquele que executa não percebendo da sua ilegitimidade, realizará um fato punível. Mas, lembra Bruno, nesse caso não ocorre a exclusão do injusto, mas o que acontece é um erro de direito, excepcionalmente tomado como causa capaz de dirimir a culpabilidade do agente.<sup>23</sup>

Nélson Hungria leciona que é a culpabilidade que fica excluída no caso de não ser a ordem manifestamente ilegal, porque o executor, por erro de direito, excepcionalmente relevante, supõe a legalidade da ordem.<sup>24</sup>

Nessa mesma linha também para Jair Leonardo Lopes, a hipótese em estudo trata-se de um erro sobre a ilicitude do fato, já que o inferior hierárquico obedece a ordem porque esta se lhe apresenta como legal.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, tomo 2º. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 173-174.

<sup>24</sup> HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 262.

<sup>25</sup> LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2005, p. 160.

Na ótica de Salgado Martins a obediência hierárquica tem íntimas relações com o erro de fato e o erro de direito, que acredita são na realidade indissociáveis.<sup>26</sup>

Para Moura Teles, a obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade é uma espécie de erro de proibição<sup>27</sup>. Também Damásio de Jesus entende que aquele que cumpre ordem não manifestamente ilegal não é culpável em face de incidir um relevante erro de proibição.<sup>28</sup>

Para Cezar Bitencourt, “quando a ordem for ilegal, mas não manifestamente, o subordinado que a cumpre não agirá com culpabilidade, por ter *avaliado incorretamente* a ordem recebida, incorrendo numa espécie de *erro de proibição*”.<sup>29</sup>

Nesse mesmo sentido é também a posição de Magalhães Noronha, para quem a estrita obediência abre a exceção para erro de proibição, porque enganando-se sobre a legalidade da ordem, tendo-a como lícita não o é, ou seja, erra quanto à sua admissibilidade jurídica<sup>30</sup>. É o posicionamento também de Paulo de Souza Queiroz, para quem se trata de uma forma de erro de proibição, pois quem cumpre ordem hierárquica em tais condições supõe praticar, como regra, fato legalmente autorizado.<sup>31</sup>

Seguindo essa mesma linha Luís Augusto Brodt entende que o inferior hierárquico incide em modalidade de erro sobre a ilicitude que a lei penal quis regulamentar destacadamente.<sup>32</sup>

Para Everardo da Cunha Luna, a obediência hierárquica é uma das formas de erro, assim, “sendo forma de erro, é erro de fato, e por ter relevância na esfera do direito, é, também, erro de direito”.<sup>33</sup>

Em sentido contrário aos doutrinadores anteriores, figura a posição de Heleno Cláudio Fragoso e Cláudio Brandão. Para o primeiro

se a ordem não for manifestamente ilegal, exclui-se a culpa do executor por inexistência de outra conduta. [...] Se o agente

<sup>26</sup> MARTINS, José Salgado. **Direito penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 246.

<sup>27</sup> TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120, vol. I. São Paulo: Atlas, 2004, p. 305.

<sup>28</sup> JESUS, *op. cit.*, p. 436.

<sup>29</sup> BITENCOURT, *op. cit.*, p. 369.

<sup>30</sup> NORONHA, *op. cit.*, p. 162.

<sup>31</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 224-225.

<sup>32</sup> BRODT, *op. cit.*, p. 311.

<sup>33</sup> LUNA, Everardo da Cunha. Obediência hierárquica. **Revista pernambucana de direito penal e criminologia**. n. 11/12. Jul-dez. 1956, Recife, p. 185.

supõe ser lícita a ordem (não manifestamente ilegal), há também *erro de proibição* (erro sobre a ilicitude), que é erro de direito, que aqui se afirma ser excepcionalmente relevante. Todavia, o verdadeiro fundamento da exclusão da culpa, nos casos de obediência hierárquica, é a inexigibilidade, e não o erro, pois este pode não existir.<sup>34</sup>

Para Cláudio Brandão, a obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade deve ser entendida como inexigibilidade de outra conduta, visto que “se há um dever de obediência não há liberdade de opção, não se podendo, portanto, censurar o agente por ter elegido se comportar contrário ao Direito, quando poderia ter feito o oposto”.<sup>35</sup>

Uma terceira solução para o tema da obediência hierárquica é proposta por J. F. Mirabete, que entende que se o agente pratica o fato incriminado, supondo obedecer a uma ordem legítima do superior, trata-se de um caso especial de erro de proibição. Mas, em não sendo manifestamente ilegal a ordem, “se o agente não tem condições de se opor a ela em decorrências das consequências que podem advir no sistema de hierarquia e disciplina a que está submetido, inexistirá a culpabilidade pela coação moral irresistível, estando a ameaça implícita na ordem ilegal. Em vez de erro de proibição, há inexigibilidade de conduta diversa”.<sup>36</sup>

Guilherme de Souza Nucci também segue essa linha, afirmando que quando da existência de uma ordem não manifestamente ilegal, “essa excludente não deixa de ser um misto de inexigibilidade de outra conduta com erro de proibição”.<sup>37</sup>

#### 4.1. O TEMA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As normas de direito penal inscritas na Constituição regulam o sistema punitivo interno, dessa forma dando a exata medida do que o constituinte imaginou como justa retribuição.

A esta ideia pode-se acrescentar que quando se realiza uma análise conjunta entre o direito penal e a Constituição, tem-se como objetivo principal da carta fundamental é o de limitar o poder de repressão do Estado.

Preliminarmente, no tocante aos atos cometidos em cumprimento de uma ordem no direito constitucional brasileiro, é preciso lembrar que não

<sup>34</sup> FRAGOSO, *op. cit.*, p. 218.

<sup>35</sup> BRANDÃO, *Teoria jurídica do crime*, pp. 179-180.

<sup>36</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 200.

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral: parte especial. São Paulo: RT, 2005, p. 263.

há menção expressa sobre o tema na Constituição de 1988, nem nas constituições anteriores.

A argumentação do cumprimento de ordens superiores, no entanto, aproxima-se do princípio constitucional da pessoalidade da pena.

Trata-se de princípio constitucional penal pacífico das nações civilizadas que a pena deve atingir somente o sentenciado. Praticamente inserido em todas as constituições está disposto que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. No caso da Constituição Brasileira de 1988 o princípio vem consagrado no artigo 5º, XLV: “Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.<sup>38</sup>

Por esse princípio depreende-se também que ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por terceiro, devendo-se verificar a responsabilidade penal a título de dolo ou culpa.<sup>39</sup>

A aplicação desse princípio também traz consigo a de outro princípio constitucional penal que é o da individualização da pena. Por esse, obriga-se o julgador a fixar a pena conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução, conforme se depreende do artigo 5º, XLVI, da atual Constituição Federal: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Um outro princípio constitucional atingido pela obediência hierárquica é o da liberdade, um dos mais importantes no sistema democrático, e que está diretamente ligado às garantias fundamentais do indivíduo. Esta liberdade manifesta-se pela adoção ao princípio da legalidade geral, que coloca que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.<sup>40</sup>

A questão da obediência hierárquica também é tratada de modo indireto na Constituição, quando estipula o comportamento das Forças Armadas, como prescreve o seguinte artigo:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército, pela Aeronáutica, são instituições nacionais perma-

<sup>38</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 36.

<sup>39</sup> QUEIROZ, *op. cit.*, pp. 34-35.

<sup>40</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 277-278.

nentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Como se vê, a disciplina constitui a essência das Forças Armadas, por isso a preocupação do constituinte em inserir de modo expresso tal disposição sobre a hierarquia e a disciplina como seu regramento.

#### 4.2. O TEMA NO CÓDIGO PENAL

O tema da obediência a ordens superiores é tratado no Código Penal no art. 22, 2ª parte:

Art. 22. Se o fato é cometido [...] em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor [...] da ordem.

Como bem diz Cirino dos Santos, a área de incidência dessa situação de exclusão da culpabilidade “é a *relação de subordinação* de direito público, com competências ativas definidas no *poder de ordenar* do superior hierárquico e competências passivas expressas no *dever de obedecer* do subordinado”, é uma manifestação de vontade que poderá ser expressa de diferentes modos para a realização de determinadas tarefas de interesse público.<sup>41</sup>

Tratando-se da obediência à ordem superior hierárquico, é preciso distinguir duas hipóteses: a primeira, a obediência à ordem legítima; a segunda, a obediência à ordem ilegítima. Para Assis Toledo, na primeira há uma causa de exclusão da ilicitude; na segunda, hipótese do artigo 22, trata-se de exclusão da culpabilidade.<sup>42</sup>

De acordo com a leitura do art. 22 fica isento de pena o inferior hierárquico quando obedece a ordem manifestamente ilegal, sendo punível somente o autor da ordem<sup>43</sup>. No caso de atuar o subordinado sob ordem de

<sup>41</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 258.

<sup>42</sup> TOLEDO, *op. cit.*, p. 342.

<sup>43</sup> Nesse sentido: TJES - “Se a ordem de superior hierárquico é manifestamente ilegal, cabe ao subordinado não cumpri-la e, se a cumpre e daí resulta um fato punível, tem de responder por ele, em co-autoria com o superior de quem emanou a ordem” (RT 386/319). TARS – “Sendo manifestamente ilegal a ordem, é inaceitável a excludente do estrito cumprimento do dever legal” (RT 579/393).

caráter manifestamente ilegal, terá esse a mesma responsabilidade criminal do superior, podendo beneficiar-se de uma circunstância atenuante, prevista no artigo 65, III, c, do Código Penal.

Frise-se, que a obediência a ordens superiores – resultado de uma relação de direito público – só isenta de pena o executor, se essa não for *manifestamente* ilegal.

Mas, o que é uma ordem *manifestamente* ilegal? Em primeiro lugar pode-se dizer que é a ordem cuja ilegalidade é evidente, ou seja, compreendida como tal sem um maior esforço de reflexão. São manifestamente ilegais as ordens que violam os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, como é o caso, por exemplo, do artigo 5º, III: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

Para Aníbal Bruno é manifestamente ilegal uma ordem que “emana de autoridade não competente para dá-la, ou aquela cujo cumprimento não esteja dentro das atribuições do subordinado, ou que não venha revestida de forma legal, ou cujo conteúdo constitua evidentemente um fato punível”. Considerando, ainda Bruno, as circunstâncias concretas do fato e as condições de inteligência e cultura do subordinado.<sup>44</sup>

#### 4.3. O TEMA NO CÓDIGO PENAL MILITAR

É importante salientar que a hierarquia tem especial importância na esfera da disciplina militar. Pode-se mesmo dizer que a obediência hierárquica é o princípio maior da vida orgânica e funcional das forças armadas, ou seja, a obediência hierárquica é fundamento das instituições militares. Por isso, o problema assume aspectos peculiares nas organizações militares.

O Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969) é uma legislação especial que, orientada pelos princípios gerais do direito penal brasileiro, atende as necessidades de organização e manutenção das instituições militares, definindo os crimes militares em tempos de paz e de guerra. Como complemento deste, também existe o Código de Processo Penal Militar que estabelece as normas processuais que devem ser observadas no julgamento dos crimes militares.

No Código Penal Militar (CPM) o tema da obediência hierárquica é tratado no art. 38, tendo dispositivo bastante semelhante ao do art. 22 do Código Penal, *in verbis*:

<sup>44</sup> BRUNO, *op. cit.*, pp. 174-175.

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime:

[...]

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

1º. responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

2º. se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma de execução, é punível também o inferior.

A causa de exclusão da culpabilidade do artigo 38, *b*, do CPM, assume diferente configuração: no caso do inferior, este é isento de pena, quando o fato por ele cometido, o foi em estrita obediência à ordem de superior hierárquico, em matéria de serviço e não sendo manifestamente ilegal.

Lembre-se ainda que, de acordo com o artigo 40 do Código Penal: “Nos crimes em que há violação do dever militar, o agente não pode invocar coação irresistível senão quando física ou material”.

Para Salgado Martins, a obediência hierárquica na esfera militar é mais rígida, em se tratando de ordem emanada do superior ao inferior. Este deve indeclinavelmente obedecê-la, salvo se a conduta ordenada for manifestamente criminosa ou importar em violação do dever militar.<sup>45</sup>

Analisando os dois dispositivos da legislação brasileira, a lei penal comum (art. 22 do CP) e a lei penal militar (art. 38 do CPM), vê-se que ambos tratam de algo “manifestamente” ilegal. A comprovação desse ato “manifestamente” (ilegal, criminoso) verifica-se na análise do executor e se limita a análise da legalidade, dentro de parâmetros de inexigibilidade de outra conduta, que se evidencia no exame de culpabilidade por um juízo valorativo.

## 5. A OBEDEIÊNCIA HIERÁRQUICA NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Nesse tópico examina-se o tema da obediência hierárquica na perspectiva do direito internacional penal, mormente a partir do seu desenvolvimento pelos tribunais internacionais penais, mas também através de diferentes convenções internacionais.

Na caracterização do egípcio Cherif Bassiouni o direito internacional

<sup>45</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 247.

penal “é fruto da convergência de duas disciplinas jurídicas distintas, de origem e desenvolvimento separados, complementares, mas coextensivas e diferenciadas: os aspectos penais do direito internacional e os aspectos internacionais do direito penal”.<sup>46</sup> Ou seja, para uma correta análise é preciso recorrer a uma dupla perspectiva: do direito penal e do direito internacional. O estudo não deve e não pode ser realizado somente em uma dessas óticas, mas de ambas simultaneamente.

Um primeiro caso de histórico que a doutrina registra como de um verdadeiro juízo internacional penal é de 1474 quando foi submetido a julgamento Peter von Hagenbach, governador de Breisach, que havia sido nomeado para o cargo pelo duque Charles de Borgonha. Com a derrota do duque da Borgonha por uma coalizão formada pela França, pela Áustria e por forças do Alto Reno.

Peter von Hagenbach foi preso e acusado de ter cometido diversos crimes como de assassinato, violações e pilhagem. Constituiu-se um tribunal composto por vinte e oito juízes representantes de cada uma das cidades aliadas ao Arquiduque da Áustria na Alsácia, no Reno Superior e Suíça e presidido por um juiz designado pelo próprio Arquiduque. Peter von Hagenbach alegou que cumpria ordens superiores do duque da Borgonha.

O tribunal não aceitou o argumento de defesa e condenou o acusado a morte, sendo considerado esta a primeira condenação criminal emitida por um órgão colegiado na história.<sup>47</sup>

Mais tarde, em 1660, o comandante da guarda responsável da execução de Carlos I, o coronel Axtell, foi julgado por traição e homicídio. Na ocasião, Axtell invocou como defesa a obediência a ordem de um superior, mas os juízes rejeitaram o argumento de defesa decidindo que quem obedeceu uma ordem que conduzia a uma traição deveria ser considerado também como um traidor.

Segundo Kittichaisaree, no início dos anos 1900 foi estabelecido que se um soldado “honestamente acredita” que está cumprindo seu dever ao obedecer ordens e que estas ordens “não são manifestamente ilegais” que

<sup>46</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. Características generales del derecho penal internacional convencional. In: BERISTAIN, Antonio (ed.). **Reformas penales en el mundo de hoy**. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, p.157.

<sup>47</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37.

ele deve saber que eram contrárias ao direito, o soldado poderia invocar o acatamento dessa ordem superior em sua defesa. A regra posteriormente foi aprimorada no caso *The Llandovery Castle* examinado pela Suprema Corte Alemã de Leipzig, logo após a primeira guerra mundial, quando um acusado foi indiciado por haver torpedeado um barco hospital inglês e disparado contra botes salva-vidas com sobreviventes a bordo. Fixou-se que o fato de ter atirado contra o barco e os botes salva-vidas constituía uma ofensa contra o direito das nações que o acusado deveria ter conhecimento, portanto, não deveria ter obedecido tais ordens. No entanto, o Tribunal levou em consideração a defesa apresentada pelos acusados como circunstância atenuante, já que ambos foram condenados a apenas quatro anos de prisão.<sup>48</sup>

Outro caso conhecido é *The Dover Castel*, julgado pela Suprema Corte Alemã em 1921. Na oportunidade, ficou comprovado por meio de memorandos, que o governo alemão havia ordenado o afundamento de todos os navios-hospital, porque havia indícios de que tais embarcações levavam militares e, conseqüentemente, podiam constituir alvos militares. A argumentação de ordens superiores foi aceita pela Corte e considerou ser esta defesa aceitável, durante todo o tempo. Não obstante, ela estabeleceu dois limites: quando o subordinado ultrapassa o que lhe foi ordenado ou quando o subordinado sabe que a ordem é contrária ao direito. E aqui encontra-se o inconveniente de aceitar a defesa de obediência hierárquica, já que as ordens vieram do próprio governo, a Corte considerou procedente crer que os subordinados haviam considerado a ordem como legítima.<sup>49</sup>

A posição do internacionalista Lassa Oppenheim é bastante interessante sobre o tema, já que sua visão sobre o assunto mudou radicalmente ao longo dos anos. Na primeira edição do seu *Treatise*, publicado em 1906, Oppenheim escreveu que “se membros das forças armadas cometeram violações sob ordens de seu governo, eles não são criminosos de guerra e não podem ser punidos pelo inimigo...”. No entanto, posteriormente, Oppenheim afirmou que:

O fato de que uma regra de guerra justa (*warfare*) tenha sido violada na procura de cumprir uma ordem do governo beligerante

<sup>48</sup> KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 266.

<sup>49</sup> DUFOUR, Geneviève. ¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores? **Revista Internacional de la Cruz Roja**. n. 840, 31 dez. 2000, p. 970.

ou do comandante beligerante não exclui do ato em questão a sua característica de crime de guerra; tampouco, em princípio, confere imunidade de punição ao perpetrador da violação.<sup>50</sup>

### 5.1. OS TRIBUNAIS DO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: NUREMBERG E TÓQUIO

O julgamento em Nuremberg das principais figuras nazistas capturadas no final da Segunda Guerra Mundial tornou-se um marco fundamental no direito internacional penal. A ideia dos julgamentos aparentemente foi sugerida pela primeira vez pelo ministro do Exterior soviético Vyacheslav Molotov, já em 14 de outubro de 1942. Mas, devido aos diferentes desejos quanto ao destino dos criminosos de guerra dos principais líderes aliados Winston Churchill, Josef Stalin e Franklin Roosevelt somente muito próximo do final da guerra sua concretização foi viabilizada. Veja-se, por exemplo, a Declaração de Moscou de 1º de novembro de 1943, que deixou no ar o que precisamente deveria acontecer com os altos elementos nazistas e não disse se seriam julgados ou sumariamente executados<sup>51</sup>. Posteriormente, a ideia de submeter à justiça os criminosos nazistas foi consolidada nas conferências de Yalta e Potsdam em 1945, quando as três potências vencedoras chegaram a um acordo.

Criado oficialmente pelo Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, celebrado entre Estados Unidos, França, Reino Unido e União Soviética, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg<sup>52</sup>, tinha por missão processar

<sup>50</sup> OPPENHEIM, Lassa. **International law**: a treatise, vol. II. 7. ed. London: Longmans, Green, 1952, p. 568. Segundo alguns comentadores essa mudança já podia constatar-se na sexta edição da obra de 1940.

<sup>51</sup> GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 8-9.

<sup>52</sup> A cidade havia sido quase destruída durante a guerra, mas ainda dispunha de instalações onde os julgamentos poderiam ser realizados. A sede do tribunal foi escolhida, por ter se tornado um símbolo nazista, devido ao fato ocorrido em setembro de 1935, quando, após uma grande jornada do Partido Nazista em Nuremberg, terem sido proclamadas as leis racistas. Além disso, Nuremberg havia abrigado os encontros anuais do Partido Nazista, quando centenas de milhares de pessoas enchiam a cidade. Em 1938, ocorreu a Noite dos Cristais (*Kristallnacht*), em que 75 lojas judaicas foram quebradas, todas as sinagogas foram incendiadas e 20 mil judeus foram levados para o campo de concentração. Nesse sentido, a realização dos julgamentos em Nuremberg tinha um elevado valor político e simbólico.

e punir os maiores criminosos de guerra das potências europeias do Eixo. O Estatuto criado por esse acordo estabelecia os crimes submetidos à jurisdição do tribunal: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Sobre a obediência hierárquica, o tema está presente Estatuto:

Art. 8º. O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas poderá ser considerado como um motivo para redução da pena, se o Tribunal assim considerar de acordo com a justiça.

Comentando este artigo, o penalista Jiménez de Asúa observa que

aunque en cierta medida la disposición del art. 8º de esa ley internacional resulta arbitraria, no lo es tanto si se piensa que en el derecho *interno del Tercer Reich* existía una norma análoga. El artículo 47, Nº 2º del Código penal militar alemán, de 10 de octubre de 1940, es el precepto a que aludimos. Y conste que esta ley castrense está firmada por Goering, Keitel y Lammers. El recordado inciso del art. 47 dice que el *inferior* es punible *si sabía* que la orden del superior se refería a una acción que representa un *delito común o un crimen militar*.<sup>53</sup>

Quanto à responsabilidade do superior, esta em princípio é possível porque a posição de oficial hierárquico não prevê exoneração ou atenuação, de acordo com o art. 7º do Estatuto: “A situação dos acusados, seja como chefes de Estado, seja como altos funcionários, não será considerada como uma desculpa absolutória nem como um motivo de diminuição da pena”. Esse artigo surgiu da necessidade de rejeitar o argumento da defesa no sentido de eximir de responsabilidade penal os acusados, com base na teoria do “ato de Estado”.

O seguinte instrumento adotado pelos aliados foi a Lei do Conselho do Controle n. 10, de 20 de dezembro de 1945, que no seu artigo 4 (II)(b) também excluía a “atuação em cumprimento de ordens” como causa de excludente de culpabilidade.

<sup>53</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950, p. 1027.

O outro tribunal do pós-Segunda Guerra Mundial foi o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, mais conhecido como Tribunal de Tóquio, que julgou os criminosos de guerra japoneses.

Suas origens encontram-se na Conferência do Cairo, de dezembro de 1943, quando chineses, britânicos e norte-americanos divulgaram uma declaração manifestando o desejo de pôr um fim à guerra e punir a agressão japonesa. A ideia foi referendada em Potsdam, em julho de 1945. Em 2 de setembro desse ano, no ato de rendição dos japoneses foram estipuladas as questões relativas à detenção e ao tratamento impostos aos criminosos de guerra. Por fim, em 3 de maio de 1946, foram iniciados os trabalhos do Tribunal de Tóquio, que julgou apenas 28 japoneses considerados criminosos de guerra da classe A<sup>54</sup>.

Também no Tribunal de Tóquio continha uma disposição semelhante

Art. 6º. Nem a posição oficial de um acusado, em nenhum momento, nem o fato de que um acusado agiu de acordo com as ordens de seu Governo ou de um superior bastará, por si só, para afastar a responsabilidade desse acusado em qualquer crime pelo qual é responsabilizado, mas essas circunstâncias podem ser consideradas como atenuantes no veredicto, se o Tribunal assim considerar de acordo com a justiça.

De acordo com este artigo depreende-se que o fato de ter agido por ordem de um superior não pode em nenhum caso inocentar um acusado de suas responsabilidades, no máximo poderá atenuar a pena.

Como se vê, esse artigo é praticamente uma reunião dos dois citados no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, ou seja, também não considerando a obediência hierárquica como causa de exclusão da punibilidade, mas abrindo a possibilidade de usar o argumento com causa de atenuação da pena.

Como assinala Kai Ambos, se a justificativa de “atuação em cumprimento de ordens” fosse aceito, levaria a uma situação absurda em que Hitler fosse considerado o único responsável por todos os crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia. Barueri: Manole: 2004, pp. 27-28.

<sup>55</sup> AMBOS, Kai. **Impunidad y derecho penal internacional**. 2. ed. rev. atual. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999, p. 241.

## 5.2. A COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Os resultados do Tribunal de Nuremberg foram considerados positivos pela Assembleia Geral das Nações Unidas quando esta adotou em 11 de dezembro de 1946 a Resolução 95 (I), confirmando o considerável valor dos princípios de direito internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

A pedido da Assembleia Geral em 1950, a Comissão de Direito Internacional da ONU elaborou a codificação dos princípios de direito internacional penal reconhecidos pelo Estatuto e pelos julgamentos de Nuremberg. Entre os sete grandes princípios enunciados, a posição da obediência hierárquica mereceu atenção no Princípio IV: “O fato de uma pessoa ter atuado sob a obediência de ordem de seu Governo ou de um superior não o exime de responsabilidade perante o direito internacional, desde que uma escolha moral lhe fosse de fato possível”.

Também as convenções internacionais sobre direitos humanos tratam da questão da obediência hierárquica. É o caso da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 47/133, de 18 de dezembro de 1992, que em seu art. 6º (1) trata do tema: “Nenhuma ordem ou instrução de uma autoridade pública, seja esta civil, militar ou de outra índole, poderá ser invocada para justificar um desaparecimento forçado. Toda pessoa que receber tal ordem ou instrução tem o direito e o dever de não obedecê-la”. Depreende-se, então, a obediência a ordens superiores não funciona como causa de exclusão da punibilidade. Mas, não regula o tema como causa de atenuação punitiva e tampouco trata da responsabilidade do superior.

Outro instrumento internacional que trata do tema é a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 39/46, de 10 de dezembro de 1984. O artigo 2º (3), diz que “uma ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificativa para a tortura”.

No mesmo sentido do tratado internacional anteriormente visto, preocupa-se somente em não considerar a obediência a ordens superiores

como causa de exclusão da punibilidade, mas não tratando de sua eventual atenuação e nem das responsabilidades superior.

No sistema regional interamericano o assunto é abordado na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, assinada em Cartagena das Índias, em 9 de dezembro de 1985, no artigo 4º dispõe que “o fato de haver agido por ordens superiores não eximirá a responsabilidade penal correspondente”, ou seja, não considera a obediência hierárquica como causa de exclusão da punibilidade, não tratando como uma eventual causa de atenuação punitiva. E no artigo 3º trata da responsabilidade do superior: “serão responsáveis pelo delito de tortura: a) os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua execução ou instiguem ou induzam a ela, comentam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam”.

Já a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, que em seu artigo VIII dispõem que: “Não se admitirá como causa dirimente a obediência devida a ordens ou instruções superiores que disponham, autorizem ou incentivem o desaparecimento forçado. Toda pessoa que receber tais ordens tem o direito e o dever de não obedecê-las”. Nessa convenção preocupa-se em não caracterizar a obediência a ordens superiores com causa de exclusão de punibilidade, mas olvidando do tema como causa de atenuação punitiva e da responsabilidade do superior.

Estranhamente, não há na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948) disposição similar. Especialmente porque, como lembra Carlos Canêdo, trata-se de crime levado mediante operações revestidas de grande complexidade, usualmente contando com a participação de diversos escalões burocráticos e hierárquicos, nos quais muitos dos envolvidos ocupam funções definidas e limitadas<sup>56</sup>.

A omissão ao tema da obediência hierárquica constata-se ainda nas Convenções de Genebra de 1949, bem como nos Protocolos Adicionais de 1977. Para Kai Ambos essa supressão aconteceu porque os Estados-partes dessas convenções de direito internacional humanitário não queriam comprometer-se com a questão, demonstrando que uma parte

<sup>56</sup> CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 200.

da regulamentação proposta em Nuremberg, nessa época ainda gerava dúvidas.<sup>57</sup>

### 5.3. OS TRIBUNAIS AD HOC PARA A EX-IUGOSLÁVIA E PARA RUANDA

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (ICTY)<sup>58</sup>, foi criado pela Resolução 827 do Conselho de Segurança da ONU, de 25 de maio de 1993, com fulcro no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, com o objetivo de processar e julgar os responsáveis por quatro categorias de crimes: infrações graves às Convenções de Genebra de 1949, violações das leis e costumes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, cometidos no território da antiga Iugoslávia, a partir de 1991.

Todavia, somente em 1996, o ICTY iniciou de fato seu funcionamento. Com sede em Haia, na Holanda, é o primeiro tribunal internacional para julgar crimes de guerra desde o final da Segunda Guerra Mundial.

Interessante observar que ao ICTY cabe exclusivamente o julgamento das pessoas físicas envolvidas, excluídas organizações, partidos políticos, entidades administrativas ou outros sujeitos jurídicos. Convém lembrar também que o ICTY e as cortes nacionais têm jurisdição concorrente sobre as sérias violações ao direito internacional humanitário, todavia, o ICTY pode afirmar primazia sobre as cortes nacionais, assumindo qualquer investigação e outros procedimentos em qualquer momento, desde que seja demonstrado o interesse pela justiça penal internacional.

O tratamento da questão da obediência hierárquica no Estatuto do ICTY, encontra-se no artigo 7º (4) dedicado ao tema da responsabilidade penal individual

O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas pode ser considerado como um

<sup>57</sup> AMBOS, *op. cit.*, p. 248

<sup>58</sup> Em razão do uso generalizado das siglas em inglês optou-se por utilizá-las também nesse artigo. Assim, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, será abreviado por ICTY (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*) enquanto o Tribunal Penal Internacional para Ruanda será abreviado por ICTR (*International Criminal Tribunal for Rwanda*). Já o Tribunal Penal Internacional será abreviado pelas iniciais em português.

motivo para redução da pena, se o Tribunal Internacional assim considerar de acordo com a justiça.

Uma importante jurisprudência internacional do ICTY – confirmando a posição adotada em Nuremberg e na Comissão de Direito Internacional – sobre esse tema é o caso *Erdemovic*, julgado pela Câmara de Apelação (Promotor Público v. Drazen Erdemovic, Apelação da Sentença, caso n. IT-96-22-A, Câmara de Apelação, 1997).

Nesta decisão, ficou entendido que o fato de o acusado agir em obediência a ordens superiores não constitui uma defesa por si própria, mas é um elemento que pode ser levado em consideração com outras circunstâncias, como a presença de coação ou de um estado de necessidade para apoiar uma defesa de ordens superiores. Para Geneviève Dufour, no caso dessa decisão, conclui-se que a defesa com base no cumprimento de ordens superiores não existe simplesmente como defesa, mas serve para apoiar uma outra defesa como a de coação.<sup>59</sup>

Com o precedente criado pelo Tribunal *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, o Conselho de Segurança das Nações Unidas não podia se esquivar de contemplar tratamento análogo para o genocídio em Ruanda. Pela Resolução 955, de 8 de novembro de 1994, o Conselho de Segurança, novamente invocando o Capítulo VII decidiu criar um Tribunal Internacional para Ruanda (ICTR), que teria o propósito de perseguir as pessoas responsáveis de genocídio da etnia tutsi e de outras sérias violações ao direito internacional humanitário, adotando ainda um Estatuto semelhante ao do Tribunal para a ex-Iugoslávia.

O ICTR tem competência para julgar os crimes cometidos no ano de 1994 unicamente, ainda que a competência territorial se estendam aos crimes cometidos também nos Estados vizinhos (art. 1º). Tal como acontece com o ICTY, o Estatuto do Tribunal de Arusha tem jurisdição concorrente, mas com primazia sobre os tribunais domésticos (art. 8º). É digno de nota também que o ICTR foi o primeiro tribunal da história a condenar um indivíduo por um ato de genocídio que foi Jean-Paul Akayesu.

A obediência a ordens superiores também foi tratado no Estatuto do ICTR, no art. 6º (4)

<sup>59</sup> DUFOUR, *op. cit.*, p. 971.

O fato de um acusado ter agido em cumprimento de uma ordem dada por um governo ou um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade penal, mas pode ser considerado como um motivo para redução da pena, se o Tribunal Internacional para Ruanda assim considerar de acordo com a justiça.

Desta forma, ambos os estatutos dos tribunais *ad hoc* tratam da questão de maneira praticamente idêntica e seguindo a orientação da Carta de Nuremberg.

Aparentemente, Kai Ambos credita a inserção dessa excludente nos Estatutos do ICTY e do ICTR a crueldade da guerra na Iugoslávia e em Ruanda, desejando o Conselho de Segurança das Nações Unidas excluir qualquer possibilidade de invocação ao cumprimento de ordens superiores com excludente da culpabilidade.<sup>60</sup>

#### 5.4. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Apesar da possibilidade de criação de uma corte penal internacional, presente no artigo VI da Convenção do Genocídio (1948), foi a partir dos dois tribunais criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas que o estabelecimento de um tribunal em caráter permanente ganhou inegável impulso.

Antes disso, todavia, em 1989, já nos anos derradeiros da Guerra Fria, Trinidad e Tobago propôs a retomada dos trabalhos de redação dos estatutos do tribunal. Em 4 de dezembro desse mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas pede à Comissão de Direito Internacional que volte a trabalhar no assunto.<sup>61</sup>

Durante a II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), há uma breve menção no parágrafo 92 do Programa de Ação de Viena – até hoje o documento mais abrangente sobre direitos humanos no âmbito das Nações Unidas – a um Tribunal Penal Internacional.

Por fim, até chegar-se à Conferência Diplomática reunida em Roma, no início do mês de junho de 1998, quando finalmente foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, com a aprovação de cento e vinte Estados, com sete votos contrários e vinte e uma abstenções.

<sup>60</sup> AMBOS, *op. cit.*, p. 248.

<sup>61</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 446.

O Estatuto entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, quando alcançou o número mínimo exigido de depósitos de instrumentos de ratificação, conforme preceitua o art. 126 do Estatuto. O Brasil assinou o tratado em fevereiro de 2000, depositando o termo de ratificação em junho de 2002. Foi promulgado no plano interno pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

O Estatuto de Roma dedica o capítulo terceiro aos princípios de Direito Penal e entre estes dedica o artigo 33 a “decisões hierárquicas e disposições legais”:

1. Quem tiver cometido um crime da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que:
  - a) estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão;
  - b) não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; e
  - c) a decisão não fosse manifestamente ilegal.
2. Para os efeitos do presente artigo, qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal.

O art. 33 permite esta defesa dentro de três condições: o acusado deve estar sob condições legais de obedecer a ordem; o acusado deve desconhecer que a ordem é ilegal; a ordem deve ser manifestamente ilegal. Com respeito ao erro de direito, o acusado pode alegar ignorância quanto à ilegalidade da ordem, mas não ignorância da manifesta ilegalidade da ordem. Por óbvio que os requisitos são acumulativos e não disjuntivos.

Lembra Kai Ambos que essa previsão foi uma das mais controvertidas. A delegação dos Estados Unidos assistida pelo professor Theodor Meron, procurou convencer as outras delegações em uma reunião informal de que a ordem superior tinha que ser acolhida como uma defesa própria no direito internacional. Esta posição se fundamentava em uma atual doutrina militar nos Estados Unidos, e numa declaração de Meron que situou Nuremberg em seu contexto histórico. A posição norte-americana foi especialmente criticada pelo Reino Unido, Nova Zelândia e Alemanha, que argumentaram que ordens superiores *per se*, não poderiam ser considerados como defesa, mas um subordinado, num determinado caso, poderia invocar

outros argumentos defensivos, como coação (*duress*) e erro de fato ou erro de direito. Portanto, acrescenta Ambos, a previsão adotada nesse artigo 33, é uma fórmula de compromisso entre estas duas posições. Afirma que o princípio da obediência hierárquica não é um argumento de defesa, embora possa ser invocado excepcionalmente nos casos de crimes de guerra em estritas e limitadas condições. A previsão segue o “princípio da ilegalidade manifesta”, enquanto as tendências no direito internacional adotam o “princípio *mens rea*”, rejeitando ordens superiores como argumento defensivo *per se*. Enquanto doutrinas mais antigas estão atualmente rejeitadas de plano, todavia existe uma interessante controvérsia entre os dois princípios.<sup>62</sup>

Ainda sobre esse artigo 33 do Estatuto do TPI, duas posições doutrinárias antagônicas merecem destaque.

A primeira de Geneviève Dufour entende que o enunciado nessa disposição é confuso, impreciso e poderia levar a resultados indesejados. Veja-se, por exemplo, o parágrafo segundo, que certamente é um complemento importante para a primeira parte do artigo, mas que poderia representar problemas na sua aplicação. Dufour lembra que dificilmente uma pessoa recebe uma ordem específica para cometer um genocídio. No entanto, na hipótese de um genocídio, um acusado que, depois de receber ordem para manter trancadas um grupo de pessoas em determinado local para que outra prenda fogo, poderá, em princípio, alegar em sua defesa o cumprimento de ordens superiores, ainda que tenha participação nesse crime.<sup>63</sup>

Outros julgam que o artigo 33 é suficientemente claro ao declarar inadmissível a defesa a obediência hierárquica e que cabe ao acusado demonstrar que no seu caso estava coberto por essa exceção, especialmente se a determinação não era manifestamente ilegal. É a opinião de Charles Garraway, membro da delegação britânica na Conferência de Roma, para quem a solução concebida neste artigo é suficientemente restritiva para permitir que ao juiz remova todas as dificuldades no sentido de buscar uma solução justa e equitativa.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> AMBOS, Kai. **La nueva justicia penal internacional**. Ciudad de Guatemala: Fundación Myrna Mack, 2000, p. 160-161.

<sup>63</sup> DUFOUR, *op. cit.*, p. 989.

<sup>64</sup> GARRAWAY, Charles. Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. n. 836, 31 dez. 1999, p. 785.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, percebe-se que o estrito cumprimento de ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal, tem tratamento distinto seja no direito penal brasileiro, seja no direito internacional penal.

No Brasil a obediência hierárquica afasta a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, na melhor doutrina. Enquanto que no direito internacional, a partir de Nuremberg, esse tipo de defesa não é aceita, servindo no máximo como causa de atenuação da pena.

A importância fundamental do Estatuto do Tribunal de Nuremberg é comprovada pelo fato de os estatutos dos tribunais internacionais subsequentes terem seguido nessa matéria as linhas descritas no julgamento dos nazistas.

Os desenvolvimentos mais recentes que culminaram com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional consolidaram o direito internacional penal como o sistema de direito penal da sociedade internacional, trazendo também um importante debate em torno da questão da obediência a ordens superiores.

Como visto, ao longo da história recente, vários doutrinadores nacionais e estrangeiros debruçaram-se sobre a temática e ajudaram a definir as condições de admissibilidade da defesa de ordens superiores, tanto no direito penal internacional quanto no direito internacional. Debate que ganhou cores vivas atualmente com o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional.

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. **Impunidad y derecho penal internacional**. 2. ed. rev. atual. Buenos Aires: Ad hoc, 1999.

\_\_\_\_\_. **La nueva justicia penal internacional**. Ciudad de Guatemala: Fundación Myrna Mack, 2000.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. Características generales del derecho penal internacional convencional. In: BERISTAIN, Antonio (ed.). **Reformas penales en el mundo de hoy**. Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Barueri: Manole: 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, vol. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro, Forense: 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do estrito cumprimento de dever legal**. Porto Alegre: Safe, 2005.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**, tomo 2º. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEL ROSAL, Manuel Cobo; ANTÓN, Tomás Vives. **Derecho Penal: parte general**. 5. ed. aum. atual. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DINSTEIN, Yoram. **Guerra, agressão e legítima defesa**. 3. ed. Barueri: Manole, 2004.

DUFOUR, Geneviève. ¿Existe verdaderamente la defensa de las órdenes superiores? **Revista Internacional de la Cruz Roja**. n. 840, 31 dez. 2000, pp. 969-992.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GARRAWAY, Charles. Las órdenes superiores y la Corte Penal Internacional: justicia impartida o justicia denegada. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. n. 836, 31 dez. 1999, pp. 785-793.

GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Buenos Aires: Losada, 1950.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian: 2004.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. **International criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2005.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Safe, 1991.

LUNA, Everardo. Obediência hierárquica. **Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia**. n. 11/12, jul-dez. 1956. Recife, pp. 185-194.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**, tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1949.

MARTINS, José Salgado. **Direito penal**: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**, tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [1949?].

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**, vol. 1: introdução e parte geral. 38. ed. rev. atual. por Adalberto José Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. São Paulo: RT, 2005.

OPPENHEIM, Lassa. **International law: a treatise**, vol. II. 7. ed. London: Longmans, Green, 1952.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**, tomo II. Buenos Aires: TEA, 1973.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral, arts. 1º a 120**, vol. I. São Paulo: Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991.